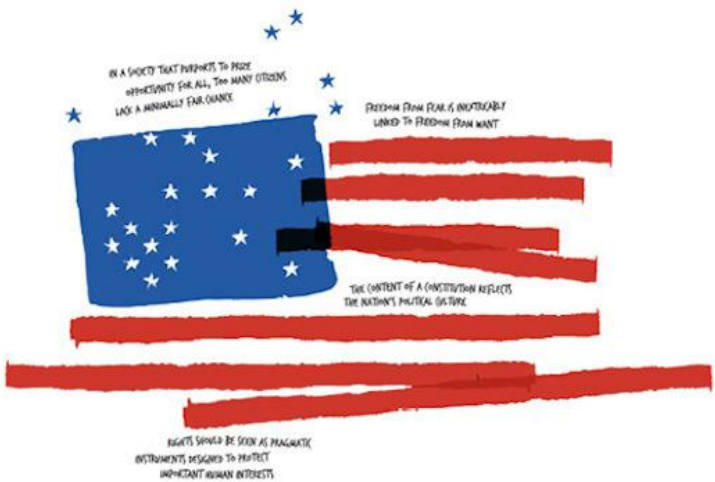
Las cuentas pendientes del sueño americano

Por qué los derechos sociales y económicos son más necesarios que nunca

Cass R. Sunstein



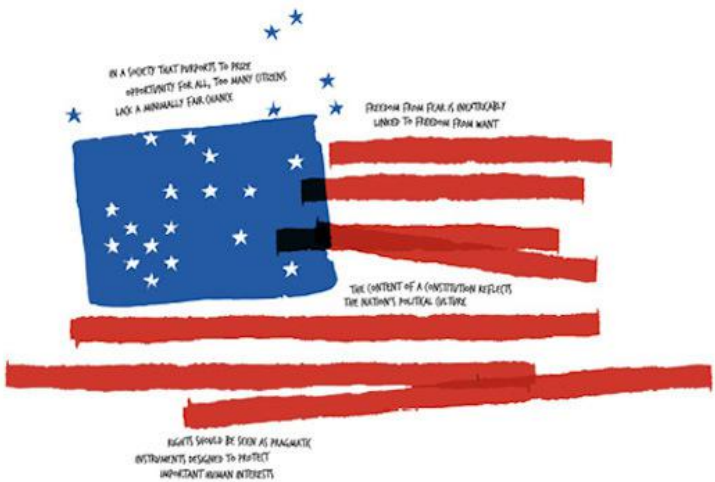
siglo veintiuno editores

colección
derecho y política

Las cuentas pendientes del sueño americano

Por qué los derechos sociales y económicos son más necesarios que nunca

Cass R. Sunstein



siglo veintiuno editores

colección
derecho y política

Índice

Cubierta

Índice

Portada

Copyright

Dedicatoria

Epígrafe

Presentación

La segunda Carta de Derechos. Propuesta por Franklin Delano Roosevelt11 de enero de 1944

Introducción

Parte I. Roosevelt

1. El discurso del siglo

2. El mito del laissez-faire

3. Derechos a partir de males, o de cómo encontrar el bien en el mal. El orden constitucional de Roosevelt

4. El nacimiento de la segunda Carta de Derechos

Parte II. Los Estados Unidos

5. Un interrogante y un repaso

6. La constitución más antigua del mundo

7. Los Estados Unidos, su peculiar cultura y el excepcionalismo

8. La Constitución pragmática de los Estados Unidos

9. Cómo la Corte Suprema (casi) adoptó tácitamente la segunda Carta de Derechos

Parte III. Constituciones y compromisos

10. Ciudadanía, oportunidades y seguridad

11. Objeciones: ¿a la segunda Carta de Derechos?

12. La cuestión de la exigibilidad

Epílogo. El triunfo incompleto de Roosevelt

Apéndice I. Mensaje al Congreso sobre el Estado de la Unión (11 de enero de 1944)

Apéndice II. Declaración Universal de Derechos Humanos (fragmentos)

Apéndice III. Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (fragmentos)

Apéndice IV. Fragmentos de diversas constituciones

Notas

Nota bibliográfica

Agradecimientos

Cass R. Sunstein

LAS CUENTAS PENDIENTES DEL SUEÑO AMERICANO

Por qué los derechos sociales y económicos son más necesarios que nunca

Traducción de

Ana Bello

siglo veintiuno editores

Sunstein, Cass R.

Las cuentas pendientes del sueño americano.- 1ª ed.- Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2018.

Libro digital, EPUB.- (Derecho y política // dirigida por Roberto Gargarella y Paola Bergallo)

Archivo Digital: descarga

Traducción de Ana Bello // ISBN 978-987-629-844-5

1.Derechos Humanos. 2. Derechos Sociales y Económicos. I. Ana Bello, trad.

CDD 323

Esta colección comparte con IGUALITARIA el objetivo de difundir y

promover estudios críticos sobre las relaciones entre la política, el derecho y los tribunales.

<www.igualitaria.org>

Título original: The Second Bill of Rights. FDR's Unfinished Revolution and Why We Need It

© 2004, Cass R. Sunstein

© 2018, Siglo Veintiuno Editores Argentina S.A.

<www.sigloxxieditores.com.ar>

La presente edición castellana se publica bajo acuerdo con Basic Books, sello de Perseus Books, LLC, subsidiaria de Hachette Book Group, Inc., Nueva York, NY, Estados Unidos.

Diseño de portada: Eugenia Lardiés

Digitalización: Departamento de Producción Editorial de Siglo XXI Editores Argentina

Primera edición en formato digital: noviembre de 2018

Hecho el depósito que marca la ley 11.723

ISBN edición digital (ePub): 978-987-629-844-5

A la memoria de mi padre

Las limosnas que se dan a un hombre desnudo en la calle no satisfacen las obligaciones del Estado, que debe asegurar a todos los ciudadanos una subsistencia segura, una alimentación apropiada, ropa conveniente y un tipo de vida que no sea incompatible con la salud.

Montesquieu, Del espíritu de las leyes

Le pido al Congreso que explore los medios necesarios para la implementación de esta carta de derechos económicos, ya que es sin duda responsabilidad del Congreso hacerlo.

Franklin Delano Roosevelt, en su decimoprimer mensaje anual al Congreso (1944)

Aquellos que denuncian la intervención del Estado son los que lo invocan más a menudo y con mayor éxito. El reclamo de laissez-faire suele provenir de aquellos que, si realmente "se los dejara solos", perderían de inmediato su poder de absorción de riquezas.

Lester Ward, "Plutocracy and Paternalism" (1885)

Presentación

Cass Sunstein (nacido en Massachusetts en 1954) es, sin dudas, uno de los más influyentes y prolíficos constitucionalistas de nuestro tiempo. En su juventud fue asistente en la Corte Suprema del famoso juez afroamericano Thurgood Marshall; luego docente en la Escuela de Derecho de la Universidad de Chicago durante veintisiete años; más tarde asesor estrella durante el gobierno de Obama (fue director de la Oficina de Información y Asuntos Regulatorios), y actualmente es profesor en la Universidad de Harvard. En sus trabajos, Sunstein siempre se propuso hacer que el derecho dialogue con las versiones más interesantes y avanzadas de las disciplinas vecinas. Al comienzo, buscó nexos entre el derecho constitucional y la filosofía política de John Rawls (en especial, con Teoría de la justicia escrita por este último). En fecha más reciente, la segunda gran obra de Rawls, Liberalismo político, le sirvió de base para sustentar sus estudios sobre el "minimalismo político", en que reflexionó acerca de cómo tomar decisiones –políticas, judiciales– imparciales, en sociedades diversas, multiculturales y conflictivas como las nuestras. Además, Sunstein mostró los aportes que podían hacer al derecho estudios sobre la racionalidad, como los desarrollados por el conocido politólogo Jon Elster.

Ante todo, Elster y Sunstein se interesaron por aquellos trabajos que se proponían detectar las sistemáticas fallas en la racionalidad que caracterizan a muchas de nuestras elecciones individuales y colectivas. Para comprender la importancia de este tipo de trabajos, debe recordarse el contexto: corrían los años ochenta, y tanto Elster como Sunstein enseñaban en la Universidad de Chicago, que era la principal sede académica de los estudios de rational choice y también el principal think thank para el impulso de políticas económicas de orientación neoclásica (políticas que tuvieron enorme influencia en América Latina, por ejemplo, al aplicarse en los conocidos programas de "ajuste estructural"). Cuando autores como Elster, desde la ciencia política, o Sunstein, desde el derecho,

se enfocaban en la irracionalidad de las elecciones personales, estaban poniendo en cuestión, también, los fundamentos de disciplinas (económicas, en especial) que eran aplicadas como ciencias exactas en el mundo entero, aunque funcionaban de modo demasiado imperfecto, generando además consecuencias socialmente muy gravosas.

Desde entonces, Sunstein comenzó a interesarse por cuestiones de psicología social e individual, como las que en esos años exploraban Amos Tversky y Daniel Kahneman (este último, cabe recordar, consagrado premio Nobel de Economía en 2002). En aquellos años, Tversky y Kahneman aplicaban a la ciencia económica sus experimentos y estudios de psicología. Sunstein, en buena medida, vino a hacer lo propio sobre el derecho. El actual profesor de Harvard escribió varios artículos y libros en la materia, habitualmente acompañado por otro de los grandes protagonistas en estos estudios de psicología aplicada –nos referimos a Richard Thaler, coautor que recientemente recibió el premio Nobel de Economía (2017)–. Los escritos de Sunstein en esta área giraron en torno a la idea de nudge, que refiere a las "pequeñas ayudas" o "empujones" que puede dar el Estado para mejorar la toma de decisiones de las personas, teniendo en cuenta estudios empíricos al respecto. Un ejemplo: un Estado razonablemente paternalista, a sabiendas de que en los restaurantes las personas tienden a elegir los platos que figuran más arriba en el menú, podría obligar a situar en esa posición destacada las opciones más saludables. A fin de cuentas, los comensales seguirían escogiendo libremente y nadie resultaría censurado en su pretensión de poner en su menú lo que quiere; pero se "empujaría" suavemente a las personas a tomar decisiones más convenientes.

Como vemos, Sunstein es un autor que se ha ocupado de las áreas más diversas del derecho, en vínculo con los estudios más avanzados de su tiempo, y de la mano de los mejores especialistas en cada rubro abordado. Dados esos antecedentes, valoramos mejor la importancia de este libro y los motivos de Sunstein para escribirlo. Desde luego, conviene tener presente que, a diferencia de lo que ocurre en América Latina, donde todas las constituciones incluyen en sus textos amplísimas y muy generosas declaraciones de derechos, la Constitución de los Estados Unidos se presenta como

austera en extremo –podríamos calificarla de muy espartana– en la materia. Más en concreto: no incluye derechos sociales en su texto, lo cual ha generado numerosas consecuencias muy conflictivas. En primer lugar, los jueces muchas veces se han negado a reconocer la existencia de cualquier respaldo constitucional a los derechos sociales, ya que tienden a ver a la Constitución, simplemente, como una de tipo "negativo", esto es, una que establece protecciones contra "invasiones" a la propiedad, o contra los "daños" a la persona; y que a la vez es hostil, si no directamente contraria, a que el Estado otorgue "ayudas" (sociales, económicas) a los miembros más débiles de la sociedad. Lo mismo sucede en la doctrina: en su mayoría, los doctrinarios estadounidenses que escriben sobre el derecho (quienes, al igual que los jueces, ejercen enorme influencia en el derecho contemporáneo del mundo entero) se muestran indiferentes o rechazan cualquier consideración seria sobre el valor, las implicaciones o la necesidad de los derechos económicos, sociales y culturales. Obviamente, decisiones de este tipo pueden tener y han tenido un enorme impacto en la práctica jurídica de los Estados Unidos, y más allá de sus fronteras nacionales.

Sunstein es de los pocos autores estadounidenses que ha asumido una posición contraria a la dominante en la materia (eso lo nuclea en una pequeñísima selección de constitucionalistas de su país, entre quienes también se destacan Mark Tushnet o Frank Michelman). En efecto, este jurista no sólo advierte la importancia de que se incluyan expresamente derechos económicos, sociales y culturales como derechos constitucionales, sino que considera que la Constitución de su país incluye ya, de modo implícito, compromisos con los welfare rights. De este modo, el libro se cuenta entre los pocos y más célebres trabajos que hoy en día encontramos en el derecho estadounidense acerca de los derechos sociales (área que en otras condiciones habría tenido un gran avance).

Sunstein toma como motor de su libro aquel que –en su opinión– fue "el discurso del siglo" en su país, esto es, el discurso de apertura de sesiones legislativas (lo que se conoce como "Estado de la Unión") pronunciado por Franklin Delano Roosevelt el 11 de enero de 1944. En dicha ocasión, Roosevelt consideró "autoevidente" para la época contemporánea la idea de que los derechos sociales y

económicos eran inherentes a los seres humanos, y que la “libertad individual” no podía existir sin “independencia y seguridad económica”. Roosevelt propuso entonces el reconocimiento de un nueva (“segunda”) “Carta de Derechos” (o Bill of Rights), declaración que incluía, por ejemplo, el derecho de cada familia a una vivienda decente; el derecho de los más ancianos a contar con protecciones suficientes contra los temores económicos propios de la edad avanzada; el derecho a una buena educación; el derecho a ganar lo suficiente para tener acceso a niveles apropiados de comida, vestimenta y recreación; etc. Sunstein se basa sobre proposiciones como las de Roosevelt para volver a defender una vigorosa intervención del Estado en la economía (como ya dejaba en claro en su libro El costo de los derechos, publicado en esta colección, señala que no existe algo así como una “economía no regulada por el Estado”). Examina críticamente, también, el modo en que los tribunales –en los Estados Unidos, pero también en otros países– han resistido la aplicación de esos derechos. Y muestra por qué motivos la política debería volver a tomar en serio el reconocimiento y vigencia de derechos como los citados, tan básicos e indispensables para el desarrollo de cualquier plan de vida.

En definitiva, el libro de Sunstein puede servir como fuente de inspiración y apoyo para los muchos juristas y no juristas interesados en reflexionar sobre el tema de los derechos sociales. Además de situar la discusión en el contexto de los Estados Unidos, a lo largo de sus páginas ahonda en los numerosos problemas teóricos que suelen asociarse con la adopción (y la aplicación o enforcement judicial) de esos mismos derechos. Considera cuestiones como las siguientes: ¿por qué el constitucionalismo necesita reconocer tales derechos? ¿Es cierto que su incorporación afecta nuestras libertades? ¿Qué tipo de intervención estatal se requiere para la aceptación constitucional de los derechos sociales? ¿Cómo pueden implementarse? ¿Pueden los jueces intervenir activamente en la materia, o deben dejar que los poderes políticos se ocupen de esos asuntos? ¿Qué problemas suscita dicha intervención judicial, y qué tensiones, en términos democráticos? ¿Puede salvarse o superarse este tipo de objeciones?

A partir de esta obra, los latinoamericanos podemos acceder a las reflexiones de uno de los mejores constitucionalistas de nuestro

tiempo, en torno a una cuestión que siempre se ha confirmado como central en el derecho de nuestra región, donde –cabe agregar– abundan las reflexiones sobre el tema, aunque no todas interesantes en términos teóricos. Contamos con numerosos trabajos destinados a dar cuenta de los derechos económicos, sociales y culturales incorporados en nuestras constituciones; trabajos sobre los casos judiciales en que esos derechos son tomados en serio; y también sobre las formas en que son puestos en marcha. Sin embargo, nuestros estudios todavía resultan escasos o deficitarios, en cuanto a reflexión teórica y crítica. Por todo lo anterior, consideramos un extraordinario logro publicar en nuestra colección este nuevo libro de Cass Sunstein.

Roberto Gargarella y Paola Bergallo

Igualitaria (Centro de Estudiossobre Democracia y Constitucionalismo)

La segunda Carta de Derechos

Propuesta por Franklin Delano Roosevelt

11 de enero de 1944

Todos los estadounidenses tienen:

el derecho a un trabajo útil y remunerado en la industria, el comercio, la agricultura o las minas de la nación;

el derecho a ganar lo suficiente para tener alimentación, ropa y recreación adecuadas;

el derecho de cada agricultor a cultivar y vender sus productos y obtener una ganancia que les dé, a él y a su familia, una vida decente;

el derecho de todo empresario, grande o pequeño, a comerciar en un ambiente libre de competencia desleal y del dominio de monopolios nacionales o extranjeros;

el derecho de toda familia a un hogar decente;

el derecho a recibir atención médica adecuada y la oportunidad de lograr y disfrutar de una buena salud;

el derecho a una protección adecuada contra los temores económicos de la vejez, la enfermedad, los accidentes y el desempleo;

el derecho a una buena educación.

Introducción

Mi objetivo principal en este libro es echar luz sobre una parte importante pero olvidada de la herencia de los Estados Unidos: la idea de una segunda carta de derechos. En resumen, la segunda Carta de Derechos (Bill of Rights) intenta proteger tanto la oportunidad como la seguridad, mediante la creación de derechos al trabajo, al alimento y ropa adecuados, a un refugio digno, a la educación, a la recreación y a la atención médica. La presidencia del líder más importante que hubo en los Estados Unidos, Franklin Delano Roosevelt, culminó con la idea de una segunda carta de derechos, que representaba su convicción de que la Revolución Norteamericana estaba demasiado incompleta y de que se necesitaba un nuevo conjunto de derechos para concluirla.

Roosevelt propuso la segunda Carta de Derechos en 1944, en un discurso en general desconocido que fue, en mi opinión, el mejor del siglo XX.[1] Los orígenes de la idea básica se remontan a los primeros días del New Deal de Roosevelt, o incluso antes, a su primera campaña para la presidencia, cuando propuso "una declaración de derechos económicos" que exigía "el derecho a llevar una vida cómoda". La segunda Carta de Derechos fue una consecuencia directa de lo que los Estados Unidos vivieron con la desesperación y la miseria provocadas por la Gran Depresión. Los derechos son producto de ciertos males, y luego de un período de desempleo y pobreza masivos, parecía natural argumentar a favor de un derecho a la seguridad económica. Sin embargo, el impulso inmediato para la segunda Carta de Derechos provino de una combinación del pensamiento del New Deal a principios de la década de 1930 y la respuesta estadounidense a la Segunda Guerra Mundial a principios de la década de 1940. La amenaza de Hitler y de las potencias del Eje amplió el compromiso del New Deal con la seguridad y reforzó el reconocimiento por parte de la nación de la vulnerabilidad humana. Al mismo tiempo, esa amenaza externa profundizó la necesidad de una nueva interpretación de los

compromisos característicos de los Estados Unidos, una interpretación que podría resultar atractiva a escala internacional y local, y servir como una luz de esperanza, un ejemplo de lo que ofrecen las sociedades libres y los gobiernos decentes a su pueblo.

Existe un vínculo directo entre la segunda Carta de Derechos y el famoso discurso de Roosevelt de 1941 en el que propuso las cuatro libertades: la libertad de expresión, la libertad de culto, la libertad para vivir sin miseria y la libertad para vivir sin temor. Las cuatro libertades no eran obra de ningún redactor de discursos; las dictó el propio Roosevelt, quien insistía en que, como respuesta directa a la creciente crisis internacional (y a pesar de la oposición de uno de sus principales asesores), tales libertades debían existir "en todo el mundo". La segunda Carta de Derechos estaba destinada a garantizar la materialización de la libertad para vivir sin miseria, lo que, para Roosevelt, implicaba "acuerdos económicos que asegurarán a todas las naciones del mundo una vida saludable y de paz para sus habitantes". Durante la Segunda Guerra Mundial, Roosevelt y la nación vieron una conexión íntima entre la libertad para vivir sin miseria y la protección contra las amenazas externas, capturadas en la noción de "libertad para vivir sin temor". En sus propias palabras: "La libertad para vivir sin temor está eternamente ligada a la libertad para vivir sin miseria".

Debemos destacar el énfasis de Roosevelt en la libertad. Estaba comprometido con los mercados libres, la libre empresa y la posesión de bienes privados; no era un igualitario. Si bien insistía en que los miembros más ricos de la sociedad debían pagar una carga tributaria proporcionalmente más alta y quería establecer un suelo decente para los más pobres, no buscaba nada parecido a la igualdad económica. Creía en el individualismo. La libertad, no la igualdad, era lo que impulsaba la segunda Carta de Derechos. Roosevelt sostenía que las personas que viven en la miseria no son libres y que la miseria no es inevitable. Consideraba que se trataba de un producto de elecciones sociales conscientes que se podían contrarrestar a través de instituciones que funcionaran bien y se rigieran por una nueva concepción de los derechos. En la Segunda Guerra Mundial, Roosevelt internacionalizó esa idea, al argumentar que para tener "seguridad" era necesaria la libertad en todo el mundo.

A pesar de no ser muy conocida en los Estados Unidos, la segunda Carta de Derechos de Roosevelt ha tenido una extraordinaria influencia a escala internacional. Desempeñó un papel importante en la Declaración Universal de Derechos Humanos (DUDH), que se completó en 1948 bajo el liderazgo de Eleanor Roosevelt y fue respaldada públicamente por funcionarios norteamericanos de ese momento. La DUDH incluye garantías sociales y económicas que demuestran la inconfundible influencia que tuvo la segunda Carta de Derechos. Además, con su impacto en la DUDH, ha influido también en decenas de constituciones en todo el mundo. De una forma u otra, está presente en innumerables documentos políticos y jurídicos. Incluso podríamos considerarla una de las principales exportaciones de los Estados Unidos.

Podemos ir aún más lejos. Los Estados Unidos continúan viviendo, por lo menos de vez en cuando, bajo la visión constitucional de Roosevelt. Hay un consenso subyacente respecto de varios de los derechos que enumeró, incluidos el derecho a la educación, el derecho a la seguridad social, el derecho a estar libre del dominio de monopolios y posiblemente también el derecho al trabajo. Cuando se les pregunta de manera directa, la mayoría de los estadounidenses apoyan la segunda Carta de Derechos e incluso afirman que muchas de sus disposiciones no deben considerarse meros privilegios, sino derechos que todas las personas "tienen como ciudadanos".[2] Algunos de los líderes contemporáneos están comprometidos, en principio, con la "libertad para vivir sin miseria"; pero en términos de política real, el compromiso del público suele ser parcial y ambivalente, e incluso reticente. Por lo general, los Estados Unidos parecen haber adoptado una forma de individualismo confusa y perniciosa. Este abordaje respalda los derechos de propiedad privada y de contratación, y respeta la libertad política, pero declara no confiar en la "intervención del gobierno" e insiste en que las personas deberían valerse por sí mismas. Esta forma del llamado "individualismo" es incoherente, una maraña de confusiones. Fue rechazada definitivamente durante la era del New Deal y no tiene raíces en el período fundacional de los Estados Unidos. Su único y breve período de éxito llegó a principios del siglo XX. El propio Roosevelt señaló el problema esencial ya en 1932: el ejercicio de los "derechos de propiedad podría interferir con el derecho del individuo de que el gobierno,

sin cuya ayuda los derechos de propiedad no existirían, debe intervenir, no para destruir el individualismo, sino para protegerlo".

Sorprendentemente, las confusiones que Roosevelt identificó han tenido un renacimiento desde principios de los años ochenta, en gran parte debido a la influencia de poderosos grupos privados. El resultado es una imagen falsa y ahistórica de la cultura e historia estadounidenses, tanto en el país como en el extranjero. Esa imagen no es inocua. La imagen que los Estados Unidos tienen de sí mismos –nuestro sentido de nosotros mismos– causa un impacto significativo en lo que en efecto hacemos. No debemos mirarnos en un espejo distorsionado.

En las últimas décadas, el país parece haber perdido de vista las ideas que allanaron el camino hacia la segunda Carta de Derechos. Para resumir una historia larga, la segunda Carta de Derechos estuvo incentivada por el reconocimiento de que nadie está realmente en contra de la intervención del gobierno. Los ricos, al menos tanto como los pobres, reciben ayuda del gobierno y de los beneficios que este otorga. Aquellos de nosotros que tenemos mucho dinero y oportunidades le debemos mucho a un gobierno activo que está dispuesto a proteger nuestras posesiones y es capaz de hacerlo. Tal como destacó Roosevelt, los derechos de propiedad dependen del gobierno. La libertad no necesita sólo la defensa nacional, sino también, entre otras cosas, un sistema judicial –un amplio cuerpo de leyes para gobernar, hacer cumplir los contratos y evitar las injusticias civiles– y a la policía. Para proporcionar todas estas cosas, la libertad necesita que se cobren impuestos. Una vez que entendamos esta cuestión, nos resultará imposible quejarnos de la "interferencia gubernamental" en cuanto tal, o insistir, de manera absurda, en que nuestros derechos estarán mejor protegidos si mantenemos al gobierno alejado. Quienes insisten en que quieren un "gobierno pequeño" quieren (y necesitan) algo muy grande. Las mismas personas que se oponen a la "intervención del gobierno" dependen de ella a diario. Roosevelt era totalmente consciente de esto y lo expresó durante la Gran Depresión. Cuando la seguridad de la nación estaba en riesgo, volvió a hacerlo y lo utilizó como base para una interpretación más amplia de lo que una nación haría si estuviera comprometida genuinamente con garantizar la "seguridad" de los ciudadanos. La amenaza a la seguridad desde el

exterior era una razón para reforzar y volver a pensar la idea de seguridad a escala nacional.

Además de recuperar la segunda Carta de Derechos y su lógica, espero arrojar luz sobre un tema más amplio: ¿por qué la Constitución estadounidense no la incluye? ¿Por qué no es parte de nuestras interpretaciones constitucionales? Para responder esa pregunta, analizaré varios aspectos de la historia de los Estados Unidos, incluida la naturaleza distintiva de nuestra Constitución y nuestra cultura. Sostendré que gran parte de la respuesta no radica en nada abstracto ni grandioso, sino en un acontecimiento específico y casi inevitable: la elección del presidente Richard M. Nixon en 1968. Si Nixon no hubiera sido electo, algunas partes significativas de la segunda Carta de Derechos quizás estarían incluidas en nuestras interpretaciones constitucionales hoy. En la década de 1960, la nación se movía rápidamente hacia la aceptación de la segunda Carta de Derechos, no por medio de una enmienda constitucional, sino con las interpretaciones que la Corte Suprema hacía de la constitución vigente. Reconocer este hecho nos hará tomar conciencia, con mucha claridad, de hasta qué punto el significado de la Constitución de los Estados Unidos depende del compromiso de los jueces. Lo que es más importante: demostrará que hay una creencia en la segunda Carta de Derechos subyacente a nuestras interpretaciones constitucionales actuales. Con un poco de trabajo de recuperación, podemos descubrirla allí con facilidad; algunas partes ya son aceptadas ampliamente.

También preguntaré si nuestra Constitución y nuestra cultura deben comprometerse con la segunda Carta de Derechos y en qué sentido. Roosevelt no quería enmendar la Constitución. No consideraba que la segunda Carta de Derechos fuera un documento legal para los jueces, sino un conjunto de compromisos públicos por y para la ciudadanía, muy parecido a la Declaración de Independencia. Tal como anhelaba profundamente, algunas reformas del New Deal han alcanzado ese estatus. Consideremos el compromiso con la seguridad social, quizás el logro que más enorgulleció a Roosevelt. Los norteamericanos creen que la provisión adecuada para los años de jubilación es un derecho, no un mero privilegio. Me inclino a pensar que si se los encuestara, millones de estadounidenses dirían que la seguridad social está, de hecho, incluida en la Constitución

de los Estados Unidos. Sin importar el porcentaje, ni las propuestas actuales de reforma, la nación está comprometida inequívoca e incluso inalterablemente con un tipo de sistema de seguridad social. Este compromiso no es mucho menos seguro que el compromiso de proteger contra requisas y confiscaciones injustificadas, aunque este último, a diferencia del primero, es parte de la declaración formal de derechos. En ambos casos, discutimos qué exige específicamente el compromiso, pero no hablamos del compromiso en sí.

Debemos entender la segunda Carta de Derechos en términos similares, como un catálogo que define nuestros principios más básicos, reconocidos y apreciados tanto por los líderes como por los ciudadanos. En la nación responsable de su creación, la segunda Carta de Derechos merece al menos ese estatus.

Parte I

Roosevelt

1. El discurso del siglo

Quiere que los muchachos piensen que es una persona dura. Tal vez engañe a algunos de vez en cuando, pero no dejen que los engañe a ustedes, o no le servirán para nada. Pueden ver al verdadero Roosevelt cuando surge con algo como las cuatro libertades. Y no crean que son muletillas. ¡Realmente cree en eso! Eso es lo que ustedes y yo debemos recordar en cada cosa que podríamos hacer por él.

Harry Hopkins, cit. por Robert Sherwood en Roosevelt y Hopkins. Una historia íntima

El 11 de enero de 1944, los Estados Unidos se involucraron en el conflicto más largo de su historia desde la Guerra Civil. Los esfuerzos bélicos iban bien; en un período llamativamente corto, la tendencia se había volcado mucho a favor de los Aliados. A principios de 1943, las fuerzas aéreas estadounidenses y británicas derrotaron a los aviones y tropas alemanas en la frontera de Túnez; con la rendición de la última unidad alemana en mayo, los Aliados controlaron la totalidad de África. Hacia fines del verano, el pueblo italiano, golpeado por una campaña aérea, perdió su voluntad de resistencia. Así fue como el 3 de septiembre Italia firmó una tregua y se retiró del conflicto. Sólo quedaban las fuerzas alemanas y japonesas, cada vez más dañadas. La victoria final ya no estaba en serias dudas; la verdadera cuestión era cómo sería la paz.

Ese día al mediodía, Franklin Delano Roosevelt, presidente de los Estados Unidos, optimista, envejecido, seguro de sí mismo y en silla de ruedas, presentó el texto de su discurso del Estado de la Unión ante el Congreso. Como tenía un catarro, no hizo el viaje habitual al Capitolio para presentarse en persona. En cambio, se dirigió a la nación a través de la radio; fue la primera y única vez que un

discurso del Estado de la Unión también fue un fireside chat, es decir, una conversación informal emitida por radio. Esa noche, millones de estadounidenses se reunieron alrededor de sus radios para escuchar lo que Roosevelt tenía para decir.

Su discurso no fue elegante.[3] Fue desordenado, extenso, impetuoso, con algo de pastiche y para nada literario. Fue lo opuesto al discurso de Lincoln en Gettysburg, conciso y poético, pero por su contenido se reivindica fuertemente como el mejor discurso del siglo XX.

Inmediatamente después del ataque japonés a Pearl Harbor, Roosevelt había prometido una victoria aliada. “Sin importar cuánto tiempo nos lleve superar esta invasión premeditada, el pueblo estadounidense con su justo poder se abrirá paso hasta la victoria absoluta. […] Con confianza en nuestras fuerzas armadas, con la inquebrantable determinación de nuestro pueblo, lograremos el inevitable triunfo. Que Dios nos ayude”. Con frecuencia había insistido en que el resultado final ya estaba asegurado. Las primeras proyecciones del presidente para la producción militar estadounidense –decenas de miles de aviones, tanques y artillería antiaérea, seis millones de toneladas de marina mercante– al principio parecían impactantes, extravagantes y por completo impracticables. A los numerosos escépticos, incluidos sus propios asesores, Roosevelt respondió de manera informal: “Ah… la gente de la producción puede ocuparse, si realmente se esfuerza”.[4] En pocos años, sus proyecciones habían sido por completo superadas. Sin embargo, los primeros días de 1944, con la victoria en el horizonte, Roosevelt creía que se acercaban tiempos difíciles. Temiendo la autocomplacencia nacional, dedicó la mayor parte de su discurso a los esfuerzos bélicos, de una manera que vinculó explícitamente esos esfuerzos con el New Deal y la otra crisis que la nación había superado bajo su liderazgo, la Gran Depresión.

Al principio del discurso, Roosevelt señaló que la guerra era un esfuerzo compartido y que los Estados Unidos eran simplemente un participante: “En los últimos dos años, esta nación se ha convertido en un aliado activo en la mayor guerra del mundo contra la esclavitud humana”. La guerra estaba en pleno proceso de ser ganada. “Pero no creo que a ninguno de nosotros los

estadounidenses nos conforme la mera supervivencia". Después de la victoria, la tarea inicial era evitar que hubiera "otro ínterin que conduzca a un nuevo desastre; […] no repetiremos los trágicos errores del aislacionismo y comportarnos como avestruces; […] no repetiremos los excesos de los salvajes años veinte, cuando la nación dio una vuelta en una montaña rusa que terminó en un accidente trágico". Esta frase relacionaba directamente la guerra contra la tiranía con el esfuerzo para combatir la angustia económica y la incertidumbre. Por lo tanto, "el único objetivo supremo para el futuro", el objetivo para todas las naciones, se podía "resumir en una sola palabra: seguridad". Roosevelt sostuvo que el término "no sólo significa la seguridad física que brinda protección frente a ataques de agresores", sino que incluye "la seguridad económica, la seguridad social y la seguridad moral". Todos los aliados estaban preocupados no sólo por derrotar el fascismo, sino también por mejorar la educación, las oportunidades y los niveles de vida. Roosevelt insistió en que era esencial para la paz "un nivel de vida decente para todos los hombres, mujeres y niños de todas las naciones. La libertad para vivir sin temor está eternamente ligada a la libertad para vivir sin miseria".

Al relacionar las dos libertades, argumentó ante todo que para que los Estados Unidos pudieran estar libres del temor, los ciudadanos de "todas las naciones" debían vivir sin miseria. Las amenazas externas a menudo provienen de personas que se enfrentan a privaciones extremas. Sin embargo, Roosevelt también quería recordar a la nación que los ciudadanos no pueden ser libres para vivir sin temor sin antes tener cierto grado de protección contra las formas más severas de carencia; la seguridad mínima, que proviene de una educación adecuada y de oportunidades decentes, es en sí una salvaguarda contra el temor. La amenaza de Alemania y Japón generó en el país un nuevo énfasis en la protección contra las formas más graves de vulnerabilidad humana.

Entonces, Roosevelt pasó al problema nacional del egoísmo y la generación desmedida de ganancias. En plena guerra, algunos grupos estaban tratando de "obtener ganancias para sí mismos a expensas de sus vecinos, ganancias en dinero o en términos de ascenso político o social". Roosevelt odiaba esta "agitación egoísta" y afirmaba que "en esta guerra, nos hemos visto obligados a

aprender qué tan interdependientes entre sí son todos los grupos y los sectores de la población estadounidense". En ese momento, puso especial énfasis en la difícil posición de las personas que dependían de ingresos fijos: maestros, clérigos, oficiales de la policía, viudas y mineros, jubilados y otras personas en riesgo por la inflación. Para asegurar una economía justa y estable, y proteger el esfuerzo bélico, propuso una serie de reformas, incluidos un derecho tributario que gravaría "todas las ganancias no razonables, tanto individuales como corporativas" y una "legislación sobre costos de los alimentos" diseñada para proteger a los consumidores de costos prohibitivos en productos de primera necesidad.

De manera mucho más controvertida, Roosevelt abogó por una ley de servicio nacional. La describió sólo en términos generales, pero sostuvo que de esa manera evitaría huelgas y aseguraría que los ciudadanos comunes, tanto como los soldados, contribuyeran a la victoria en la guerra. En cuanto a los soldados, insistía en que había que promulgar leyes para permitirles votar. "Es deber del Congreso acabar con esta discriminación injustificada contra los hombres y mujeres de nuestras fuerzas armadas, y hacerlo cuanto antes".

Luego, Roosevelt se volvió hacia asuntos puramente locales. Para comenzar, hizo referencia a la era de la posguerra: "Ahora es nuestro deber comenzar a planificar y determinar la estrategia para lograr una paz duradera y establecer el nivel de vida estadounidense más alto que jamás se ha conocido". Agregó que "no podemos estar conformes, sin importar cuán alto sea ese nivel de vida general, si alguna fracción de nuestro pueblo –ya sea un tercio o un quinto o un décimo– está desnutrida, no tiene ropa o una vivienda digna, o vive en la inseguridad". Enseguida, el discurso se volvió mucho más ambicioso. Roosevelt rememoró la redacción de la Constitución, sin aprobarla del todo. Al principio, la nación había crecido "bajo la protección de ciertos derechos políticos inalienables, entre ellos, el derecho a la libertad de expresión, la libertad de prensa, la libertad de culto, el juicio por jurado y la libertad de no sufrir requisas y confiscaciones injustificadas".

Sin embargo, con el tiempo esos derechos habían demostrado ser inadecuados. A diferencia de los redactores de la Constitución, "hemos llegado a comprender claramente que la verdadera libertad

individual no puede existir sin seguridad e independencia económicas". Para Roosevelt, "los hombres necesitados no son hombres libres",[5] sobre todo porque aquellos que tienen hambre y están desempleados "son el material que compone las dictaduras". Se hizo eco de las palabras de Jefferson en la Declaración de Independencia, instando a una especie de declaración de interdependencia: "En nuestros días, estas verdades económicas se han aceptado como evidentes. Hemos aceptado, por así decirlo, una segunda carta de derechos bajo la cual será posible establecer un nuevo marco de seguridad y prosperidad para todos, cualquiera sea su posición, raza o credo". Vale la pena detenerse en las últimas siete palabras. Una década antes de la arremetida constitucional contra la segregación racial y dos décadas antes de la promulgación de la Ley General de Derechos Civiles, Roosevelt ya exigía un principio antidiscriminación.

Luego enumeró los derechos relevantes:

el derecho a un trabajo útil y remunerado en la industria, el comercio, la agricultura o las minas de la nación;

el derecho a ganar lo suficiente para tener alimentación, ropa y recreación adecuadas;

el derecho de cada agricultor a cultivar y vender sus productos y obtener una ganancia que les dé, a él y a su familia, una vida decente;

el derecho de todo empresario, grande o pequeño, a comerciar en un ambiente libre de competencia desleal y del dominio de monopolios nacionales o extranjeros;

el derecho de toda familia a un hogar decente;

el derecho a recibir atención médica adecuada y la oportunidad de lograr y disfrutar de una buena salud;

el derecho a una protección adecuada contra los temores económicos de la vejez, la enfermedad, los accidentes y el desempleo;

el derecho a una buena educación.

Después de enumerar estos ocho derechos, Roosevelt enseguida recordó la "sola palabra" que capturaba el objetivo del mundo para el futuro. Argumentó que estos "derechos traen seguridad" y que, por lo tanto, el reconocimiento de la segunda Carta de Derechos era una continuación del esfuerzo bélico. "Después de ganar esta guerra", dijo, "debemos estar preparados para avanzar en la implementación de estos derechos". Había una relación estrecha entre esta implementación y el orden internacional venidero. "El lugar que los Estados Unidos merecen en el mundo depende en gran medida de qué tan plenamente nuestros ciudadanos hayan llevado a la práctica estos y otros derechos similares. Porque hasta que no haya seguridad aquí en nuestro país, no puede haber una paz duradera en el mundo".

Roosevelt pidió "al Congreso que explore los medios necesarios para la implementación de esta carta de derechos económicos, ya que es sin duda responsabilidad del Congreso hacerlo". Observó que muchos de los problemas relevantes eran anteriores a las comisiones del Congreso y agregó que "en caso de que no se desarrolle ningún programa de progresos, estoy seguro de que la Nación será consciente de este hecho". Hizo un pedido especial en nombre de "los hombres de la Nación que luchan fuera del país –y

[de] sus familias que están en el país–"; muchos de ellos "esperan ese tipo de programa y tienen derecho a insistir en ello", ya que distaban de ser privilegiados.

En el cierre, unificó los dos temas discrepantes de su discurso, de hecho, los dos temas discrepantes de su presidencia: la libertad para vivir sin temor y la libertad para vivir sin miseria. "En esta guerra no hay dos frentes para los Estados Unidos; sólo hay uno. Existe una línea de unidad que se extiende desde los corazones de la gente en el país hasta los hombres de las fuerzas de ataque en nuestros puestos remotos más alejados". Con estas palabras, Roosevelt intentaba unificar la nación –aquellos que estaban en el país y quienes estaban en el exterior– y así sofocar la "agitación egoísta" con la que había comenzado el discurso. También trataba de sugerir que sólo podría proporcionarse la seguridad, su tema central, si se relacionaba el movimiento a favor de la segunda Carta de Derechos con el movimiento a favor de la derrota de las potencias del Eje.

El discurso sobre la segunda Carta de Derechos de Roosevelt fue un esfuerzo para integrar a los dos "doctores" que habían vivido en su larga presidencia. Cuando la amenaza fascista se volvió seria, los programas nacionales de Roosevelt se pusieron en lo que para él era una pausa temporal, y eso decepcionó mucho a varios de sus seguidores más acérrimos. El presidente explicó el cambio de énfasis con algunas observaciones informales que distinguían entre el "doctor New Deal" y el "doctor Ganar la Guerra". Después del ataque a Pearl Harbor, dijo, las estrategias del primer doctor ya no eran las adecuadas para la nueva tarea:

¿Cómo surgió el New Deal? Surgió porque en 1932 había un paciente terriblemente enfermo llamado los Estados Unidos. Sufría de un grave desorden interno: estaba terriblemente enfermo; tenía problemas internos de todo tipo. Y mandaron llamar a un doctor. […] Pero hace dos años, cuando [el paciente enfermo] ya se había recuperado bastante, tuvo un accidente muy severo. […] Hace dos años, el 7 de diciembre, participó de un choque violento: se rompió la cadera, se fracturó la pierna en dos o tres lugares, y se quebró una muñeca y un brazo. Por un tiempo, algunas personas ni siquiera creían que fuera a sobrevivir. El viejo doctor New Deal no sabía

nada de piernas ni brazos rotos. Sabía mucho de medicina interna, pero nada de este nuevo tipo de problemas, así que consiguió que su colega el doctor Ganar la Guerra, que era cirujano ortopédico, se hiciera cargo de este paciente, y el resultado fue que el sujeto volvió a ponerse de pie. Ya dejó sus muletas y empezó a contraatacar, a la ofensiva (The New York Times, 29 de diciembre de 1943, p. 8).

Apelar a la segunda Carta de Derechos fue un intento por relacionar a estos dos doctores, de sugerir que compartían la única tarea de garantizar la seguridad. Roosevelt, que estaba en silla de ruedas debido a la poliomielitis, jamás pudo dejar las muletas ni "volvió a ponerse de pie" (y su metáfora aquí no pudo haber sido por completo casual). Pero en su discurso sobre la segunda Carta de Derechos, pudo tomar la iniciativa, tanto a escala nacional como internacional. Los oyentes entendieron el vínculo entre los dos doctores de Roosevelt. Después del discurso, la revista Time informó, sin aprobarlo del todo, que "al parecer el doctor Ganar la Guerra se ha reunido con el doctor Ganar Nuevos Derechos […]. A algunos farmacéuticos de la Colina del Capitolio la letra manuscrita de la receta les resultó llamativamente familiar; de hecho, idéntica a la del fallecido doctor New Deal".[6]

El resultado más concreto de la propuesta de la segunda Carta de Derechos fue la Ley del Soldado (GI Bill), que ofrecía una serie de beneficios de vivienda, de atención médica, de educación y de capacitación a los veteranos de guerra que regresaban.[7] Esta ley dio a millones de veteranos la posibilidad de asistir a la universidad. "Los beneficiarios de la Ley del Soldado", según el historiador David Kennedy, de Stanford, "cambiaron la cara de la educación superior, elevaron notablemente el nivel educativo y, por lo tanto, la productividad de la fuerza de trabajo, y en el proceso alteraron de manera inimaginable sus propias vidas".[8] El destino de los soldados que regresaban de la guerra fue en buena medida lo que motivó a Roosevelt a ocuparse de los asuntos internos durante la guerra; defendía la segunda Carta de Derechos en parte haciendo referencia a las expectativas legítimas de aquellos que abandonaban la vida militar por la civil. Roosevelt quería asegurarse de que los soldados que regresaran al país tuvieran perspectivas decentes para

el futuro, pero la Ley del Soldado quedó corta respecto de lo que el presidente intentaba proporcionar.

El discurso de la segunda Carta de Derechos de Roosevelt resumió la extraordinaria revolución del siglo XX en la concepción de los derechos en los Estados Unidos y otros lugares. Marcó la caída absoluta de la idea (absurda) de que la libertad proviene de la ausencia de gobierno. También identificó innovaciones cruciales y duraderas en el gobierno estadounidense entre 1933 y 1944, innovaciones que representaron el surgimiento del Estado moderno. Roosevelt propuso que se considerara a la segunda Carta de Derechos una parte integral de la seguridad nacional, una parte de la lucha más amplia contra los enemigos extranjeros. Los temas básicos de su discurso han resonado a lo largo de la vida política de los Estados Unidos hasta nuestros días. En cierto modo, tenía razón al decir que la nación "aceptó" esa Carta de Derechos. En 1944, muchos ciudadanos estaban dispuestos a aprobarla sin dudarlo, y muchos lo están incluso hoy en día. Sin embargo, esa aceptación ha resultado muy ambivalente y ha caído bajo la presión de poderosos grupos privados que tienen un interés intenso en sepultar o deslegitimar la segunda Carta de Derechos, y en recuperar el tipo de pensamiento –confuso, interesado e incluso incoherente– inmediatamente anterior al New Deal de Roosevelt.

Dedicaré bastante atención a la naturaleza de esa ambivalencia, de la que Roosevelt era totalmente consciente. En su último año, Roosevelt concluyó que era necesario modificar en esencia el sistema estadounidense de partidos políticos. Le dijo a su principal redactor de discursos, Samuel Rosenman, que "ha llegado el momento de que el Partido Demócrata se deshaga de sus elementos reaccionarios en el Sur y atraiga a los liberales del Partido Republicano. […] Debemos tener dos partidos reales, uno liberal y uno conservador".[9] Para ello, Roosevelt inició las negociaciones con Wendell Willkie, candidato republicano a la presidencia en 1940, y afirmó que "con los liberales de ambos partidos, Willkie y yo podemos formar juntos un nuevo partido realmente liberal en los Estados Unidos". Willkie respondió de manera muy favorable, al afirmar que estaba "listo para dedicarse casi por completo a esto", pero ambos hombres murieron dentro del siguiente año, y el proyecto quedó huérfano.

En mi opinión, la segunda Carta de Derechos debería poder ordenar un consenso bipartidista sin necesidad de un realineamiento de los partidos, pero primero consideremos sus orígenes.

2. El mito del laissez-faire

Ahora sabemos que el gobierno del dinero organizado es tan peligroso como el gobierno del crimen organizado. Nunca antes en nuestra historia esas fuerzas han estado tan unidas contra un candidato como lo están hoy. Me odian de manera unánime, y yo acepto su odio. Me gustaría que mi primer mandato fuera recordado por haber dado batalla a las fuerzas del egoísmo y la ambición de poder, y mi segundo mandato, porque en él esas fuerzas se encontraron con su amo.

Franklin Delano Roosevelt, discurso de campaña en el Madison Square Garden

En el verano de 1932, con el país sumido en la Gran Depresión, la convención demócrata de Chicago nominó a la presidencia a Franklin Delano Roosevelt, quien comenzó violando una tradición establecida. A lo largo de la historia de la nación, había sido una práctica habitual que los nominados a la presidencia se mantuvieran alejados de la convención y aceptaran la nominación recién luego de recibir la notificación formal, varias semanas después del evento en sí. Pero Roosevelt se alejó del precedente y voló de Nueva York a Chicago para dirigirse a los delegados en persona. Empezó su discurso instando a que su proceder fuera simbólico: “Que a partir de ahora sea tarea de nuestro partido romper con las tradiciones ridículas”.[10]

El discurso de Roosevelt electrizó a la convención. Su objetivo declarado era “expulsar” al “fantasma de la inseguridad que vive entre nosotros”. Preguntó qué era lo que los estadounidenses querían “más que cualquier otra cosa”, y la respuesta que dio fue simple: “trabajo, con todos los valores morales y espirituales que conlleva; y con el trabajo, un grado razonable de seguridad. […]

Trabajo y seguridad; no son sólo palabras". Además, se quejó de los líderes que sostenían que "las leyes económicas –sagradas, inviolables e inalterables– provocan pánicos que nadie podría impedir. […] Debemos tener en cuenta el hecho de que las leyes económicas no están hechas por la naturaleza, sino por los seres humanos". Roosevelt cerró el discurso con la promesa de que millones de estadounidenses esperanzados "no pueden ni deben esperar en vano. Les prometo, me prometo, un nuevo pacto (new deal) para el pueblo estadounidense".

La designación new deal no se refería a nada de especial importancia. Samuel Rosenman, el asesor que escribió esas palabras, admitió: "No tenía la menor idea" de que la frase "se arraigaría como lo hizo, ni el gobernador cuando leyó y revisó lo que escribí. De hecho, no les dio importancia a esos dos monosílabos".[11] Pero para sorpresa de todos, incluido el propio Roosevelt, esos monosílabos resultaron sintetizar una gran parte de su presidencia, que ciertamente implicó una especie de reorganización social. Seis años después, al escribir sobre el origen de la frase, Roosevelt hizo un poco de historia revisionista:

La palabra deal (pacto) implicaba que el gobierno mismo iba a utilizar la acción afirmativa para conseguir sus objetivos declarados en lugar de quedarse esperando que las leyes económicas generales lo hicieran por su cuenta. La palabra new (nuevo) implicaba que un nuevo orden de las cosas, diseñado para beneficiar a la gran masa de nuestros agricultores, obreros y empresarios, reemplazaría el antiguo orden de privilegios especiales en una nación que estaba completa y profundamente disgustada con la distribución existente. [12]

La segunda Carta de Derechos fue una consecuencia directa de estas ideas. Para entenderlas, y para ver cómo Roosevelt y su New Deal impactaron en la forma en que los estadounidenses interpretaban los derechos, debemos enfocarnos en dos avances. El primero es conceptual e implica una importante reevaluación de lo que realmente sucede en una economía de mercado libre. El desarrollo

conceptual equivalía a una crítica a la idea del laissez-faire en su totalidad, una sugerencia de que el gobierno y la coerción no se oponen a la libertad humana, sino que, de hecho, son necesarios para que haya libertad. El segundo avance es práctico e involucra a la Gran Depresión y la forma en que la nación reaccionó a ella. Los dos avances están relacionados estrechamente. Por separado, es muy poco probable que una serie de afirmaciones conceptuales mueva a una nación, pero la Gran Depresión ayudó a que el país aprendiera una lección conceptual. La nueva interpretación de los derechos fue producto de una nueva interpretación de algunos males.

En resumen, el New Deal ayudó a reivindicar una idea simple: nadie se opone en realidad a la intervención del gobierno. Incluso quienes denuncian más fuertemente esta interferencia dependen de ella a diario. Sus propios derechos no provienen de minimizar al gobierno, sino que son producto de este. El problema más simple con el laissez-faire no es que sea injusto o perjudicial para los pobres, sino que es una descripción irremediablemente inadecuada de cualquier sistema de libertad, incluidos los mercados libres. Tanto los mercados como la riqueza dependen del gobierno.

El malentendido no es inocuo. Hace que la gente no pueda ver la omnipresencia de la ayuda gubernamental a los acomodados y que quienes están sufriendo y quejándose de la situación parezcan estar pidiendo limosnas. El New Deal reivindicó estas afirmaciones fundamentales sobre nuestra dependencia del gobierno, y la segunda Carta de Derechos se desarrolló a partir de ellas. Lamentablemente, bajo un ataque de retórica confusa sobre el gobierno como “mal necesario”, hoy hemos perdido de vista estas afirmaciones. Al proponer un sistema razonable de créditos impositivos federales para promover la cobertura del seguro médico, el presidente George W. Bush consideró necesaria la insensata idea de dar a entender que su propuesta “no era un programa gubernamental”.[13] Doris Kearns Goodwin escribe sobre Roosevelt con sensibilidad e intensidad, pero comete un error al decir estas palabras acerca de la segunda Carta de Derechos: “Jamás había sido tan explícito al relacionar la libertad negativa frente al gobierno obtenida con la antigua Carta de Derechos a la libertad positiva a través del gobierno que se lograría con la nueva Carta de

Derechos".[14] Esta oposición entre la "libertad frente al gobierno" y la "libertad a través del gobierno" es una malinterpretación de la presidencia de Roosevelt.

El realismo jurídico y el derecho real

El ataque de Roosevelt a la idea del laissez-faire tenía una larga tradición previa. Jeremy Bentham, padre del utilitarismo, creía fervientemente en la propiedad privada, pero también sostenía que "no hay propiedad natural" porque "la propiedad es criatura de la ley". Sobre todo, la propiedad crea expectativas, y las expectativas firmes "sólo pueden ser obra del derecho". Por lo tanto, "es por la ley que puedo cercar un campo y dármelo para cultivarlo, es la esperanza distante de la cosecha". Según la explicación de Bentham: "La propiedad y la ley han nacido y deben morir juntas. Antes de las leyes, no había propiedad; quita las leyes y toda propiedad cesa".[15]

Esta afirmación básica era un pilar importante del realismo jurídico, el movimiento que más influyó en las leyes estadounidenses de principios del siglo XX. Los realistas, en especial los profesores de derecho Robert Hale y Morris Cohen,[16] insistían en que los mercados y la propiedad dependen de las normas jurídicas. Lo que las personas tienen no es un reflejo de la naturaleza o el hábito, y las elecciones voluntarias sólo son una parte del panorama general. Las elecciones del gobierno son cruciales. Esto es así siempre, y tan sólo como una cuestión de hecho. Los derechos de propiedad son creaciones jurídicas. En el New Deal, los realistas se reivindicaron, y muchos de ellos encontraron cargos prominentes en la administración de Roosevelt.

Para los realistas, el problema más serio en relación con el laissez-faire era que la idea básica era simplemente un mito, una maraña de confusiones.[17] Tal como escribió Hale: "El hecho de que las condiciones económicas actuales dependan, al menos en parte, de las políticas anteriores del gobierno en cuanto a la distribución del dominio público debe ser evidente. El laissez-faire es un sueño

utópico que nunca se ha concretado ni podrá concretarse jamás". [18] Oliver Wendell Holmes Jr., juez de la Corte Suprema, en cierto modo el primer realista jurídico, escribió en un profundo aforismo similar a un haiku: "La propiedad, creación del derecho, no surge del valor, aunque sea intercambiable, una cuestión de hecho".[19] Holmes proclamaba que la propiedad y el valor son producto de las normas jurídicas, no de interacciones puramente privadas, y menos aún de la naturaleza. El valor económico no es anterior a la ley, sino que es creado por ella. Todo esto, escribió Holmes, era simplemente "una cuestión de hecho".

Los realistas insistían en que el gobierno y las leyes son omnipresentes, y en que si algunas personas tienen mucho y otras poco, la ley y la coerción legal son una gran parte de la razón. Por supuesto, muchas personas trabajan arduamente y muchas otras no, pero la distribución de la riqueza no es sólo producto del trabajo arduo; depende de una red coercitiva de derechos y obligaciones legales. Los realistas se quejaban de que ignoramos hasta qué punto tenemos lo que tenemos y hacemos lo que hacemos por la ley. Afirmaban que tendemos a considerar "voluntarias" y "libres" ciertas interacciones que están atravesadas por la fuerza pública. En su opinión, las leyes de propiedad, de contratación y de agravio son creaciones sociales que asignan ciertos derechos a algunas personas y se los niegan a otras. Estas formas de ley representan "intervenciones" gubernamentales a gran escala en la economía y son coercitivas en la medida en que prohíben a las personas participar en las actividades que desean. Si los vagabundos carecen de un lugar para vivir, no es por la voluntad de Dios ni por la naturaleza, sino porque se invocan y aplican las reglas de la propiedad para desalojarlos, si es necesario, por la fuerza. Si los empleados tienen que trabajar durante muchas horas y ganan poco dinero, es por las actuales leyes de propiedad y contratación. Los realistas creían que la propiedad privada está bien, incluso que es algo bueno, pero negaban que las leyes de propiedad pudieran identificarse con la libertad, ya que en ocasiones la perjudican.

Robert Hale expuso estas ideas con una claridad particular. En un contexto de lucha política, escribió acerca de los esfuerzos del gobierno para establecer un salario mínimo y regular los precios, una lucha que para él se basaba en premisas falsas. Hale criticaba

sobre todo la opinión según la cual las restricciones gubernamentales a los precios del mercado debían considerarse una interferencia normativa ilegítima en la esfera privada. La consideraba una manera extremadamente confusa de describir el problema. La interferencia normativa ya estaba allí. Para Hale, una mirada atenta permitiría

demostrar que los sistemas defendidos por los sostenedores proclamados del laissez-faire en realidad están llenos de restricciones coercitivas de la libertad individual y de restricciones, además, no conformes a ninguna fórmula de "igualdad de oportunidades" o "preservación de la igualdad de derechos de los demás". Se cree que es absolutamente inevitable que haya cierta restricción coercitiva de los individuos.[20]

Consideremos la situación de alguien que quiere comer, pero que no tiene dinero. Hale reconoció, con aparente desconcierto, que "no existen leyes contra comer en general", pero subrayó que "hay una ley que le prohíbe comer cualquiera de los alimentos que de hecho existen en la comunidad, y esa ley es la ley de propiedad". Ninguna ley exige a los propietarios que den sus bienes a cambio de nada. Aquí "es la ley la que obliga" a una persona sin recursos "a tener un trabajo asalariado bajo pena de inanición, a menos que pueda producir alimentos. ¿Puede?". Por supuesto, ninguna ley impide la producción de alimentos, pero en todas las naciones avanzadas la ley en efecto prohíbe que las personas cultiven la tierra, a menos que esta les pertenezca. "Esta también es la ley de propiedad", y es probable que el propietario no permita que cultiven sus tierras a menos que le paguen a cambio de hacerlo. Para aquellos que necesitan comer y no tienen dinero, "esa vía de escape del dilema creado por las leyes de hambre u obediencia" a las exigencias de los propietarios "está cerrada".

Con este argumento, Hale no quería pelear por la abolición de los derechos de propiedad; difícilmente fuera socialista. Su intención tampoco era demostrar que en un sistema de mercado libre son muchos los que no tienen forma de evitar el hambre. Su objetivo

era llamar la atención sobre los efectos generalizados de las leyes y la coerción pública en la estructuración de las relaciones económicas. En términos más generales, Hale afirmaba que "el laissez-faire no es tal, sino realmente la indiferencia gubernamental a los efectos de las restricciones coercitivas artificiales, fundadas en parte en el propio gobierno". Así, "la distribución de la riqueza en un momento dado no es sólo el resultado de esfuerzos individuales bajo un sistema de neutralidad gubernamental".[21] Las restricciones a la libertad de quienes no eran propietarios eran un resultado omnipresente del derecho de propiedad. ¿Qué quería decir eso que afirmaban muchos a principios del siglo XX (y muchos sostienen en la actualidad), que "un estadounidense libre tiene derecho a trabajar sin permiso de otro"? Hale respondió que, en caso de tomar en serio la pregunta, esa afirmación "insistiría en una doctrina que implica la consecuencia peligrosamente radical de la abolición de la propiedad privada de equipamientos productivos, o la doctrina igualmente peligrosa, según la cual todos deberían tener garantizada la propiedad de algún equipamiento".[22] En una economía de libre mercado, nadie tiene en realidad derecho a trabajar "sin permiso de otro". Debido a los derechos de propiedad, se puede trabajar sólo con el "permiso" de otros.

Concretamente, ¿qué significa ser el propietario de una fábrica? Según Hale, a los ojos de la ley, ser el propietario implica "el privilegio de manejar la fábrica, más el privilegio de no operarla, además del derecho a impedir que otros la manejen y el poder para adquirir todos los derechos de propiedad de lo que se produce". Pero esa no era la idea central de Hale, quien, sobre todo, quería hacer hincapié en que este

poder es un poder para liberar una presión que la ley de propiedad ejerce sobre la libertad de los demás. Si la presión es mucha, el propietario puede obligar a los demás a pagarle un precio alto por su liberación; si la presión es poca, el propietario puede cobrar un pequeño ingreso por su propiedad. En cualquier caso, se le paga por liberar una presión ejercida por el gobierno y la ley. La ley le ha delegado un poder discrecional sobre los derechos y las obligaciones de los demás (el destacado me pertenece).[23]

En un avance notable, Hale argumentó que los derechos de propiedad eran efectivamente una delegación del poder público, del gobierno a los particulares. En su argumentación, no se opuso a los derechos de propiedad, sino que trató de llamar la atención sobre el hecho de que, en efecto, los propietarios reciben varios poderes por ley. Si uno tiene bienes, tiene "soberanía", una especie de poder oficial, reivindicado por el gobierno, sobre ese bien. En estas circunstancias, Hale consideraba casi cómico que algunas personas se quejaran de que el gobierno jamás debía restringir los derechos de propiedad. Para él, limitar la delegación de poderes –por ejemplo, en forma de reducción de "los ingresos de los propietarios"– es "en esencia restringir los salarios de los funcionarios públicos o los jubilados". Tengamos en cuenta también estas palabras sorprendentemente inequívocas de un ensayo escrito en 1935 por un estudiante, cuyo nombre se desconoce:

La justificación de esta supuesta negativa a supervisar la ética del mercado se busca en las doctrinas del laissez-faire. […] En general, la libertad de regulación que postulan los adherentes al laissez-faire puede demostrarse inexistente y es casi inconcebible. El poder de negociación existe sólo por la protección gubernamental de los derechos de propiedad negociados, y está adecuadamente sujeto al control gubernamental (el destacado me pertenece).[24]

La misma idea subyace a la siguiente sugerencia: "Aquellos que denuncian la intervención del Estado son los que lo invocan más a menudo y con mayor éxito. El reclamo de laissez-faire suele provenir de quienes, si realmente 'se los dejara solos', perderían de inmediato su poder de absorción de riquezas".[25]

Al hacer estas afirmaciones, los realistas jurídicos no negaban la posibilidad de que algunos derechos sean, en cierto sentido, naturales o incluso otorgados por Dios. Ninguna parte de sus argumentos debería considerarse un cuestionamiento de ello. No afirmaban que, como una cuestión de principio fundamental, los

derechos provienen del gobierno, sino que en la vida real las personas pueden tener derechos y gozar de ellos sólo si la ley y el gobierno están presentes. Podemos hablar con tanta confianza como deseemos de los derechos naturales u otorgados por Dios, pero sin la protección pública de la propiedad privada, los bienes de los individuos inevitablemente corren un gran riesgo. Cualquiera sea la fuente de los derechos en principio, la protección jurídica es indispensable para hacer que los derechos sean reales en el mundo. Quienes se quejan del "gobierno", con el argumento de que sólo quieren valerse por sí mismos, ignoran esta cuestión a su propio riesgo (literal).

Los reclamos de los realistas respecto de este tema fueron muy prominentes en los Estados Unidos entre 1910 y 1940. Incluso los podemos encontrar en el trabajo del mayor crítico del socialismo, F. A. Hayek, ganador del Premio Nobel, un firme creyente en los mercados libres. En su obra más famosa, Hayek recordaba a sus lectores que el funcionamiento de la competencia "depende, sobre todo, de la existencia de un sistema jurídico apropiado, un sistema jurídico diseñado tanto para preservar la competencia como para hacerla funcionar de la manera más beneficiosa posible". Argumentaba que "de ninguna manera basta con que la ley reconozca el principio de la propiedad privada y la libertad de contratar; una gran parte depende de la definición precisa del derecho de propiedad aplicado a cosas diferentes". Haciéndose eco de la afirmación de los realistas jurídicos, Hayek escribió que "en ningún sistema que podría defenderse racionalmente, el Estado no haría nada. Un sistema competitivo eficaz necesita un marco legal diseñado con inteligencia y continuos ajustes como cualquier otro". [26] La verdadera batalla no era entre los defensores de la "intervención del gobierno" y quienes la rechazan. La cuestión era de qué manera el marco legal debía ser "diseñado con inteligencia y continuos ajustes". La oposición a la intervención del gobierno es una pantalla de humo que eclipsa esa cuestión.

¿Estos puntos arrojan luz sobre los problemas actuales? Consideremos el análisis de las hambrunas y la pobreza que realiza el economista y ganador del Premio Nobel Amartya Sen, donde hace hincapié en que el hambre no es una simple consecuencia de la falta de disponibilidad de alimentos, sino que las personas pasan

hambre cuando carecen de los “privilegios” que les permiten comer. Sen afirma que comprender esta cuestión “tiene el efecto de enfatizar los derechos legales. Podemos considerar que otros factores relevantes, como las fuerzas del mercado, operan a través de un sistema de relaciones legales (derechos de propiedad, obligaciones contractuales, intercambios legales, etc.)”. De ahí, su llamativa afirmación: “La ley se sitúa entre la disponibilidad de alimentos y el privilegio de recibirlos. Las muertes por inanición reflejan la legalidad en su máxima expresión”.[27] Al destacar que la “ley” es lo que distingue entre la disponibilidad de alimentos y el acceso a ellos, y que la inanición refleja “la legalidad en su máxima expresión”, Sen repite la afirmación más importante de los realistas.

El realismo de Roosevelt

El ataque contra el laissez-faire llegó finalmente a la Casa Blanca. Roosevelt lo mencionó de manera indirecta en 1934, en su esclarecedora crítica de la idea del “hombre independiente económicamente”. Hizo hincapié en que “sin la ayuda de miles de otros, cualquiera de nosotros moriría, desnudo y muerto de hambre. Piensen en el pan sobre nuestra mesa, la ropa que vestimos, los lujos que hacen que la vida sea agradable; cuántos hombres trabajaron en campos al sol, en minas oscuras, en el calor feroz del metal fundido y entre los telares y ruecas de innumerables fábricas con el fin de crearlos para que los usemos y los disfrutemos”.[28] Aun así, este recordatorio de la interdependencia humana no se refería a la ley y al gobierno. Roosevelt había hecho explícito este punto en una denuncia temprana, al aceptar la nominación demócrata, de que algunos líderes se refieren a “leyes económicas sagradas, inviolables e inalterables” y en su respuesta pragmática de que “mientras parlotean sobre las leyes económicas, hombres y mujeres mueren de hambre”. De ahí su pedido según el cual “debemos aferrarnos al hecho de que no es la naturaleza la que crea las leyes económicas, sino los seres humanos”. Cuando la gente muere de hambre, se debe a elecciones sociales, no a algo sagrado o inevitable.

También podemos considerar el discurso de Roosevelt en el Commonwealth Club en 1932. En ese caso, hizo hincapié en la perspectiva, que atribuyó a Thomas Jefferson, "de que el ejercicio de […] derechos de propiedad podría interferir con el derecho del individuo de que el gobierno, sin cuya ayuda los derechos de propiedad no existirían, debe intervenir, no para destruir el individualismo, sino para protegerlo".[29] La clave aquí es que sin la ayuda del gobierno no podrían existir los derechos de propiedad. Cuando esos derechos otorgados por el gobierno interfieren con los derechos del individuo, es necesario que el gobierno intervenga para proteger el individualismo mismo. Los realistas jurídicos no podrían haberlo expresado mejor.

Tengamos también en cuenta el énfasis que Roosevelt puso en "este mundo nuestro hecho por el hombre"[30] al defender la legislación de seguridad social. Según su argumento, la pobreza es un subproducto de un sistema creado por el hombre, no un hecho natural. "Me niego a aceptar las condiciones actuales como inevitables o fuera de control". La misma postura se codificó en el preámbulo de la obra más importante de la legislación laboral del New Deal, la Ley Norris-LaGuardia:

Mientras está sujeto a las condiciones económicas predominantes, desarrolladas con la ayuda de la autoridad gubernamental para que los propietarios se organicen en la forma corporativa y en otras formas de asociación propietaria, el trabajador individual suele ser incapaz de ejercer una verdadera libertad de contratar y de proteger su libertad de trabajo, y de ese modo obtener términos y condiciones de empleo aceptables (el destacado me pertenece).[31]

En la medida en que los derechos de propiedad desempeñaban un papel en los acuerdos del mercado, como inevitablemente lo hacían, esos acuerdos eran criaturas de derecho, incluido en particular el derecho de propiedad, que otorgaba a algunas personas el derecho a excluir a otros de "sus" tierras y recursos.[32] Los salarios y las horas del mercado fueron el resultado de normas jurídicas que conferían derechos de propiedad. En este sentido, no debemos

considerar que la legislación sobre el salario mínimo, que Roosevelt apoyaba con firmeza, era una regulación que se superponía a un ámbito de interacciones puramente voluntarias. Por el contrario, esa legislación tan sólo sustituyó una forma de regulación por otra. En este sentido, la noción de laissez-faire se revela como un mito. Todo sistema de mercado libre depende de un conjunto de normas jurídicas que establecen quién puede hacer qué y de la exigibilidad de esos principios por parte de los tribunales.

Los promotores del New Deal pensaban que este sólo era un punto descriptivo; tal como lo definió Holmes, "una cuestión de hecho". Decir que la intervención del gobierno es omnipresente y que nadie se opone a ella no es lo mismo que decir que cualquier tipo de intervención es buena o mala. Junto con los realistas jurídicos, Roosevelt creía que las preguntas reales eran las pragmáticas: "¿Qué tipo de intervención promueve mejor los intereses humanos?", "¿Qué tipo de regulación mejora las vidas humanas?". Si un nuevo sistema regulador se superpone a otro, debemos evaluarlo según su efectividad para disminuir o aumentar la libertad humana. El sistema de propiedad privada es bueno para los individuos y para las sociedades, y el hecho de que sea creado por la ley no sugiere lo contrario.

Sin embargo, ante la Gran Depresión, parecía una broma cruel sostener que los mercados libres eran suficientes para asegurar la libertad o la prosperidad. Como señaló Roosevelt, las personas en situaciones desesperadas carecen de libertad. Por eso, parecía indispensable desarrollar nuevas iniciativas para responder al problema de las privaciones generalizadas. La cuestión era si funcionarían, y eso no podía responderse mediante dogmas y abstracciones. No tenía sentido responder a los críticos con quejas sobre el "gobierno". Tal como escribió Hale, "el siguiente paso es […] darnos cuenta de que debemos debatir en términos pragmáticos la cuestión del mantenimiento o la transformación de nuestras instituciones, en lugar de descartarla con el argumento de que son el resultado inevitable de la sociedad libre". Justo antes del New Deal, el realista jurídico Morris Cohen escribió algo similar: "Reconocer la propiedad privada como una forma de soberanía no es en sí un argumento en su contra. […] Es necesario aplicar a la ley de propiedad todas aquellas consideraciones de ética social y

política pública ilustrada que deberían mencionarse al debatir cualquier forma justa de gobierno".[33]

Para Roosevelt, esa evaluación sería descaradamente empírica y experimental. Evitaría teorías y dogmas. Observaría para ver qué tipo de programas funcionaba de verdad en el mundo. Su índole se refleja en un comentario aparentemente improvisado pero revelador que el propio Roosevelt hizo durante una conferencia de prensa: "Sin duda, una ley agraria se asemeja a un experimento. Todos aceptamos que […] si la maldita cosa no funciona, podemos decirlo con franqueza, pero al menos hay que probarla".[34] A la luz de esta reevaluación pragmática, podemos entender la idea de los defensores del New Deal de que ciertas medidas que reducían la riqueza de los ricos no interferían con los derechos, y que otras medidas que aumentaban las oportunidades y la riqueza de los pobres tal vez eran necesarias para proteger los derechos. La riqueza no provenía de la naturaleza ni del cielo; era posible gracias a acuerdos legales. Si los nuevos acuerdos legales disminuían la riqueza de algunos, no eran objetables por esa razón. En palabras de Roosevelt, "lo que importa en cualquier sistema industrial es lo que este realmente hace a los seres humanos".[35]

El cambio conceptual y el cambio constitucional

Una vez que la distribución existente de la riqueza y las oportunidades comenzó a considerarse un producto de las elecciones sociales –y las políticas se evaluaron en términos de su verdadero impacto en los seres humanos–, se volvió mucho más difícil argumentar que los derechos debían definirse como libertad de toda interferencia gubernamental o insistir en que era necesario distinguir claramente entre los derechos "negativos" y los "positivos". Incluso el derecho de propiedad "negativo" requiere la presencia del gobierno. Por supuesto, lo que impulsa el cambio social no son sólo, o incluso en su mayoría, demandas conceptuales. La experiencia es lo que marca la diferencia, y la segunda Carta de Derechos no habría sido posible sin la experiencia de la Gran

Depresión. Retomaré esta idea más adelante, pero por el momento observemos simplemente que los argumentos que acabo de mencionar no sólo tuvieron un impacto en la política, sino también sobre la Corte Suprema.

Cuando Roosevelt fue electo, la Corte Suprema llevaba varias décadas interpretando la Constitución de manera tal que prohibía muchas de las iniciativas que los promotores del New Deal querían implementar. Un importante conjunto de decisiones incluía la idea de "libertad de contratar".[36] La Corte fallaba contra las leyes de salario mínimo y máximo de horas de trabajo, y señalaba que el gobierno no podía "interferir" con las interacciones voluntarias entre empleadores y empleados. En 1915, en una decisión especialmente llamativa, la Corte dictaminó que los gobiernos no podían prohibir el "contrato de perro amarillo",[37] mediante el cual los empleadores exigían a los empleados que les prometieran, como condición de contratación, que no se unirían a un sindicato. Según la Corte, los esfuerzos por prohibir esos acuerdos interferían con los derechos de contratación de los empleadores y empleados en las condiciones que ellos querían.

Al proteger la libertad de contratar, la Corte destacó el valor del laissez-faire, la necesidad de inmunizar a las partes contratantes de la interferencia gubernamental. La declaración más clara de esta postura se encuentra en el fallo de "Adkins c. Hospital de Niños",[38] una decisión de 1923 que invalidó la legislación del salario mínimo para las mujeres y los niños. En su opinión mayoritaria, el juez George Sutherland escribió:

En la medida en que la suma fijada [por el estatuto del salario mínimo] excede el valor razonable de los servicios prestados, esta equivale a una exacción obligatoria al empleador para la manutención de una persona parcialmente indigente, de cuya condición no es particularmente responsable, y por lo tanto, en efecto, pone arbitrariamente sobre sus hombros una carga que, de pertenecer a alguien, pertenece a la sociedad en su totalidad.

Así, la Corte dictaminó que una ley de salario mínimo interfería con los acuerdos voluntarios entre empleadores y empleados, al crear una "exacción obligatoria al empleador" y obligarlo a mantener a una persona pobre. Pero comparemos esto con la decisión de la Corte en 1937 en el caso "Hotel West Coast c. Parrish",[39] donde defendió una ley de salario mínimo para las mujeres, y en el proceso se ratificó en esencia el New Deal. En una de las opiniones más importantes de su historia, la Corte se expresó en términos que fácilmente podrían encontrarse en un discurso de Roosevelt. La libertad protegida por la Constitución, escribió el presidente de la Corte Suprema Charles Evans Hughes por la mayoría, "es la libertad en una organización social que requiere la protección de la ley contra los males que amenazan la salud, la seguridad, la moral y el bienestar del pueblo". Hughes sugirió que la libertad incluso podía servir de argumento a favor de esa protección: "los propietarios establecen las reglas, y los obreros están prácticamente obligados a obedecerlas". La legislatura podía considerar el hecho de que el poder de negociación de las mujeres "es relativamente débil, y que son las víctimas fáciles de aquellos que se aprovechan de su situación de necesidad". La opinión critica "la explotación de los trabajadores con salarios tan bajos que no eran suficientes para cubrir los costos básicos de vida, lo que hacía de su propia indefensión un motivo para una competencia más agresiva". En un pasaje notable, Hughes agrega una "reflexión convincente que la reciente experiencia económica ha puesto bajo una fuerte luz". Esta tenía que ver con los efectos sociales de la pobreza.

La explotación de un tipo de trabajadores que se encuentran en una posición desigual con respecto al poder de negociación y por lo tanto son relativamente indefensos ante la negación de un salario digno. […] arroja a la comunidad la carga directa de mantenerlos. Lo que estos trabajadores pierden en salarios lo pagan los contribuyentes. El costo básico de vida debe ser cubierto. Podemos tomar nota judicial de las demandas sin precedentes para recibir asistencia que surgieron durante el reciente período de depresión y aún continúan en un nivel alarmante a pesar del grado de recuperación económica que se ha logrado. […] La comunidad no está obligada a proporcionar lo que es, en efecto, un subsidio para

aquellos empleadores sin escrúpulos (el destacado me pertenece).

En el período de quince años entre los casos “Adkins c. Hospital de Niños” y “Hotel West Coast c. Parrish”, el universo constitucional cambió. Antes de Roosevelt, una ley de salario mínimo era considerada una forma inaceptable de interferir con la libertad, un “subsidio” de empleadores a empleados intolerable constitucionalmente e impuesto por un Estado coercitivo. En 1937, una ley de salario mínimo protegió a algunas personas de la “explotación” en una situación en que “su propia indefensión” creaba una competencia entre trabajadores que reducía los salarios. De hecho, en ese entonces dicho tipo de norma podía considerarse un esfuerzo para asegurar que la comunidad no estaba obligada a subsidiar a “empleadores sin escrúpulos”. Lo más sorprendente aquí es cómo se invirtió el concepto de subsidio. En 1923, se creía que una ley de salario mínimo obligaba a los empleadores a subsidiar a la comunidad; quince años después, la ausencia de esa ley obligaba a la comunidad a subsidiar a los empleadores.

¿Por qué se dio este cambio? La respuesta radica en la interpretación de quién tiene qué. Sin una opinión sobre esa cuestión, no podemos siquiera decidir si hay un “subsidio” involucrado. Un ladrón no “da un subsidio” a su víctima cuando debe devolver los bienes robados. En el caso “Hotel West Coast c. Parrish”, los trabajadores tienen algo similar a un derecho a un salario decente (“trabajo remunerado”), por lo que los salarios por debajo de ese monto en efecto exigían a la comunidad que pagara por sus costos de vida. Por lo tanto, no había nada sagrado ni natural ni inevitable en los salarios bajos que el mercado producía a veces. El gobierno tenía permitido aumentarlos a un mínimo decente si así lo decidía.

A fines de los años treinta y en la década de 1940, la Corte dejó de hacer hincapié en el carácter voluntario de los acuerdos privados y de tratarlos como constitucionalmente sacrosantos, y dejó bien claro que eran un producto de las normas jurídicas y que una u otra política era inevitablemente una elección, por la ley y el gobierno. El ataque al laissez-faire permitió que se produjera un cambio fundamental en las interpretaciones constitucionales.

La democracia deliberativa

De modo muy significativo, Roosevelt y el New Deal profundizaron un compromiso constitucional central, que involucraba el sistema de democracia deliberativa. Para los redactores originales de la Constitución, era extremadamente importante producir un orden político que combinara la capacidad de reflexión y el dar razones con cierto grado de capacidad de respuesta popular. Los funcionarios públicos rendían cuentas, sin lugar a dudas, y podían ser removidos por medio de elecciones; los redactores de la Constitución eran demócratas en ese sentido, pero temían a las mayorías y querían evitar que el gobierno actuara por el "interés" o la "pasión" de los grupos privados, incluso los más grandes. Bajo el sistema constitucional, las mayorías no podían gobernar por el simple hecho de ser mayorías. Por el contrario, la Constitución creó una especie de república de razones, un sistema de pesos y contrapesos que aumentaría la probabilidad de juicios reflexivos. Alexander Hamilton habló con total claridad al respecto, al urgir que las "diferencias de opinión y los desacuerdos de los partidos en el departamento [legislativo] del gobierno […] a menudo promueven el debate y la circunspección, y sirven para revisar los excesos de la mayoría".[40]

El compromiso con la democracia deliberativa surge de uno de los debates más iluminadores de los primeros años de los Estados Unidos, cuando se planteó la pregunta de si la Carta de Derechos debía incluir un "derecho a dar instrucciones" a los representantes. Los defensores de ese derecho sostenían que los ciudadanos de una región en particular deben tener la autoridad para obligar a sus representantes a votar de cierta manera. Este argumento podría parecer razonable como una manera de mejorar la rendición de cuentas política por parte de los representantes, y así lo consideraban muchos en ese momento. Sospecho que muchas personas, en los Estados Unidos y en otros lugares, también defenderían el "derecho a dar instrucciones" en la actualidad. ¿Acaso los representantes no deben obedecer los deseos de sus

electores? Sin embargo, hay un problema con este punto de vista, en especial en una época en que el interés político estaba estrechamente ligado a la geografía. El derecho a dar instrucciones elimina el debate dentro de la legislatura nacional. Es muy probable que los ciudadanos de determinada región, influenciados por las opiniones de uno con el otro, terminen tomando posiciones indefendibles, muy posiblemente como resultado de su propia insularidad. Al rechazar el derecho de dar instrucciones, Roger Sherman destacó la importancia de la deliberación política:

Se calcula que las palabras pueden engañar a la gente, al transmitirles la idea de que tienen el derecho de controlar los debates de la Legislatura. No podemos admitir que esto sea justo, porque destruiría el objeto de su reunión. Creo que, una vez que las personas han elegido a un representante, es obligación de este reunirse con otros de las diferentes partes de la Unión, consultarlos y ponerse de acuerdo con ellos en cuanto a las leyes para el beneficio general de toda la comunidad. Si tuvieran que actuar guiados por instrucciones, el debate no tendría sentido.[41]

Las palabras de Sherman reflejan el apoyo general de los fundadores a la deliberación entre personas muy diferentes que no están de acuerdo en cuestiones tanto grandes como pequeñas. De hecho, fue mediante el debate entre este tipo de personas que surgieron "las leyes para el beneficio general de toda la comunidad". En ese contexto, podemos apreciar mejor por qué los redactores originales de la Constitución preferían un sistema republicano, que incluía la deliberación entre los funcionarios electos, frente a un sistema más populista, donde los representantes "filtrarían" menos los deseos de los ciudadanos. Esperaban que su diseño sirviera para proteger contra las pasiones injustificadas y, al mismo tiempo, garantizara un alto grado de diversidad en el gobierno. Así, tenían la esperanza de estructurar el debate público con el objetivo de garantizar mejores decisiones. Esto explica su entusiasmo por las instituciones republicanas.

Por supuesto, la Constitución se escribió en contra del legado de la

monarquía inglesa. Una disposición del documento que pasa casi inadvertida revela mucho acerca de sus objetivos generales: prohíbe al gobierno conceder "títulos de nobleza". En la generación de los redactores originales, se jaquearon las nociones preexistentes de jerarquía natural, con la insistencia novedosa y revolucionaria de que la cultura era, como dijo el historiador Gordon Wood, "verdaderamente hecha por el hombre".[42] Para los revolucionarios estadounidenses, el problema con la herencia monárquica era que aceptaba, como algo natural, prácticas e injusticias que en realidad eran "hechas por el hombre". El republicanismo estadounidense, en la Revolución y el período fundacional, consistió en gran medida en identificar este problema. Los fundadores de los Estados Unidos creían que las prácticas sociales debían ser evaluadas a la luz de la razón. De allí, el extraordinario comienzo del primer ensayo federalista, escrito por Hamilton:

A menudo se ha destacado que, al parecer, se dejó en manos de los habitantes de este país, por su conducta y ejemplo, la decisión en la importante cuestión respecto de si las sociedades humanas son realmente capaces de establecer un buen gobierno desde la reflexión y la elección, o si están destinadas a que sus constituciones políticas siempre dependan del accidente o la fuerza. Si hay algo de verdad en esta observación, debemos considerar nuestra crisis actual como el momento propicio para tomar esa decisión. Y cualquier elección errónea del papel que habremos de desempeñar, merecerá calificarse, conforme a este punto de vista, como la desgracia general de la humanidad.

Roosevelt y los promotores del New Deal profundizaron en gran medida el compromiso con la democracia deliberativa, insistiendo en que, tal como en un sistema monárquico, las distribuciones existentes de riqueza y oportunidades estaban creadas por el hombre y que los hechos económicos no eran dictados por la naturaleza. El propio Roosevelt explicó con mucha claridad ese vínculo. Hizo hincapié en que la Revolución Norteamericana se había realizado para garantizar "la libertad de la tiranía de la

autocracia política, de los realistas del siglo XVIII que recibían privilegios especiales de la corona"[43] e intentaban "perpetuar sus privilegios" mediante la negación de los derechos políticos. Sin embargo, sostenía que en el siglo XX se había expuesto una forma de "tiranía económica", por lo que para "muchos de nosotros la vida ya no era libre; la libertad ya no es real". El New Deal era un intento de poner fin a esta forma de tiranía.

"Los realistas del orden económico reconocieron que la libertad política era un tema del gobierno, pero sostenían que la esclavitud económica no era asunto de nadie". Si bien aceptaban el derecho al voto, "negaban que el gobierno pudiera hacer algo para proteger al ciudadano en su derecho a trabajar y su derecho a vivir". Por lo tanto, la nueva concepción de los derechos de Roosevelt estaba estrechamente relacionada con su afirmación de que el orden económico existente era un producto de los seres humanos, y no de la naturaleza.

Para los defensores del New Deal, el respeto por las prácticas existentes y las distribuciones actuales debe basarse en las razones que podrían mencionarse a su favor. El proceso de debate a través de órganos democráticos incluiría evaluar si las normas jurídicas ya en funcionamiento servían a la libertad, el bienestar o la propia democracia. De esta manera, el período del New Deal llevó hacia adelante y renovó uno de los temas más antiguos de la historia estadounidense. Algunos cambios enormes siguieron a estas interpretaciones. En sus primeros días de campaña electoral, Roosevelt hablaba de "una declaración de derechos económicos, un orden constitucional económico",[44] un claro precursor de la segunda Carta de Derechos. Para entender lo que pasó, debemos explorar la Gran Depresión y la forma en que Roosevelt lidió con ella.

3. Derechos a partir de males, o de cómo encontrar el bien en el mal

El orden constitucional de Roosevelt

En esta nación, veo que a decenas de millones de ciudadanos –una parte sustancial de la población total–, en este preciso momento, se les niega la porción más grande de lo que los niveles más bajos llaman las necesidades vitales. […]

Veo que a millones se les niega la educación, la recreación y la oportunidad de mejorar su destino y el destino de sus hijos.

Veo que millones carecen de los medios para comprar productos agrícolas y manufacturados y que, con su pobreza, niegan trabajo y productividad a muchos otros millones.

Veo que un tercio de la nación está desnutrida y carece de ropa o de una vivienda digna.

No es con desesperación que les pinto este panorama. Lo pinto con esperanza, porque la Nación, al ver y comprender la injusticia que muestra, propone volver a pintarlo.

Franklin Delano Roosevelt, en su segundo discurso de asunción [45]

¿De dónde vienen los derechos? Si tomamos esta como una pregunta filosófica, podrían pensarse muchas respuestas. Pero en la práctica, los derechos son un producto de experiencias históricas concretas con algunos males. La Constitución de los Estados Unidos en su forma originaria nació directamente de dos experiencias: la tiranía del gobierno inglés y la ineptitud del sistema descentralizado creado por los Artículos de la Confederación que precedieron a la Constitución. El vívido recuerdo de la Revolución Norteamericana inspiró la medida para asegurar las condiciones necesarias para un autogobierno republicano. La experiencia vivida con los Artículos

sirvió para inspirar un sistema más centralizado capaz de gobernar de verdad. Para otro ejemplo, consideremos el período de cambio constitucional más significativo en los Estados Unidos del siglo XIX, aquel que produjo las enmiendas constitucionales después de la Guerra Civil. Esto fue una consecuencia directa de la experiencia con la esclavitud humana y la subordinación social de los afroamericanos.

El origen inmediato de la segunda Carta de Derechos fue la Gran Depresión, cuando surgieron la falta de educación, el hambre y el desempleo, no como características inevitables de las sociedades de mercado libre, sino como violaciones de los derechos humanos. La influencia de la Gran Depresión sobre la naturaleza y dirección del gobierno estadounidense luego de 1932 fue muy parecida a la influencia de la Guerra Civil sobre el gobierno después de 1865. En muchos aspectos, los cambios resultantes fueron aún más fundamentales.

Datos, cifras y más

Incluso para una nación que había atravesado pánicos financieros recurrentes, la Gran Depresión de la década de 1930 fue algo totalmente nuevo. Consideremos algunos datos y cifras clave:

El desempleo se disparó. En 1929, sólo el 3% de la fuerza de trabajo, o un millón y medio de trabajadores, estaba desempleada. En 1930, el porcentaje y el número fueron casi el triple, y en 1931, siete millones de trabajadores, exactamente el 14% de la fuerza de trabajo, no tenían empleo. A fines de 1932, el porcentaje había aumentado a 25% de trabajadores estadounidenses; en Chicago, la mitad de los trabajadores estaban desempleados. Los afroamericanos sufrieron daños desproporcionados. En Memphis, donde constituían el 38% de la población total, 75% estaban desempleados, y en Chicago, donde representaban el 4% de la

población, el 16% no tenía trabajo.

El ingreso nacional se redujo precipitadamente. El ingreso total (en millones de dólares) fue 87.400 en 1929, 75.000 en 1930, 58.900 en 1931, 41.700 en 1932 y 39.700 en 1933, menos de la mitad de lo que había sido tan sólo cuatro años antes.

Los ingresos de sueldos y salarios mostraron una tendencia similar, al disminuir (en millones de dólares) de 50.800 en 1929 a 29.300 en 193 A fines de 1932, el salario semanal en las industrias del hierro y el acero era sólo el 37% de lo que había sido en 192 En 1931, una encuesta a gran escala realizada en Detroit halló que los ingresos semanales promedio habían caído en dos tercios desde 1929; sólo tenía empleo cerca de un tercio de los jefes de familia. [46] Según el Departamento de Trabajo de Pensilvania, la hora de trabajo se pagaba US$0,05 en la fabricación de ladrillos y baldosas; US$0,05 en los aserraderos, y US$0,075 en la contratación general. Durante meses, no se les pudo pagar el salario a los empleados municipales.

Miles de bancos quebraron, y los depositantes a menudo perdían su dinero. Había más de veinticinco mil bancos en los Estados Unidos en 1929, pero menos de quince mil en 193 Sólo en 1931, los depositantes perdieron un total de US$391.000.000 por la quiebra de los bancos; y se perdieron nueve millones de cuentas.

La inversión neta (en millones de dólares) fue en 1931 de -358, y en 1932, de -5800.

Los agricultores se vieron particularmente afectados, lo cual representaba un problema nacional si se tiene en cuenta que la agricultura empleaba al 30% de la población activa. En 1929, los

agricultores tuvieron un año muy difícil, con un ingreso nacional total de US$6.000.000.000, pero en 1932, el ingreso fue de sólo US $2.000.000.000.

El sistema de asistencia económica estaba en serios problemas. En 1932, tres cuartas partes de los individuos elegibles para recibir asistencia no pudieron obtenerla, y la cuarta parte restante recibió algo de alimento, un poco de dinero y, en ocasiones, un poco de combustible. En la ciudad de Nueva York, los beneficiarios recibieron un promedio de US$2,39 semanales por familia.[47] La caridad hizo muy poco para llenar el vacío.

Las tasas de suicidio aumentaron. En 1932, la tasa nacional fue de 17,4 suicidios cada cien mil personas, un incremento del 24% comparado con 192

Por detrás de estos números fríos pueden verse millones de tragedias individuales. Tal como escribió un testigo de lo que ocurría en Chicago en 1932:

Un momento espantoso y gráfico de aquellos años oscuros que nunca olvidaremos. Vimos a una multitud de cincuenta hombres que luchaban por un contenedor de basura que habían sacado a la puerta trasera de un restaurante. Unos ciudadanos estadounidenses que peleaban por restos de comida como animales.[48]

Lorena Hickok, designada por el gobierno de Roosevelt para evaluar los efectos de la Gran Depresión en los trabajadores agrícolas del sur en Georgia, describió la situación así:

Blancos y negros medio muertos de hambre luchan y compiten por comer mucho menos de lo que le damos al perro en casa, por el privilegio de vivir en refugios que son infinitamente menos cómodos que su caseta. […] Si existe un sistema escolar en el estado, simplemente no está funcionando. No puede. Los niños no pueden ir a la escuela, y otros cientos de personas no los envían. Como resultado, tenemos aquí, en algunas de estas zonas rurales, a cientos de niños y niñas en su adolescencia que no saben ni leer ni escribir. No exagero. […] ¡Vaya, si algunos de ellos apenas pueden hablar!

Sobre el basural de Roseland, un periódico de Chicago dijo lo siguiente:

Unos veinticinco hombres y niños y una mujer pasaban todo el día de pie en dos filas, en todo el camino hasta la montaña de basura, esperando que se hiciera la descarga. Y entonces, como una bandada de gallinas, comenzaban a hurgar en esa pila maloliente y elegían algunas cosas, que colocaban en unas canastas que llevaban con ellos. Las manzanas parecían lo más popular, aun cuando estaban medio podridas. Las zanahorias, las papas y el pan también terminaban en las canastas. […] Algunos decían que estaban llevando cosas para alimentar conejos y gallinas, pero noté que un montón de hojas de lechuga y espinaca, que habrían sido un alimento ideal para esos animales, quedaban intactas. La mayoría admitía que era para la cena.[49]

Y esto no era tan inusual. En las regiones de Kentucky y Virginia Occidental, la inmensa mayoría de los niños sufría desnutrición:

En 1931, adultos y niños excavaban en los basurales de Saint Louis y Nueva York. En algunos basurales, quienes esperaban su turno para buscar comida se formaban en filas ordenadas; en otros

lugares, se lanzaban sobre cada nueva pila de basura. En el condado de Harlan, en Kentucky, las familias vivían a base de dientes de león y moras. En las comunidades mineras de Appalachia, algunas familias habían optado por comer día por medio.[50]

Los habitantes de Kentucky subsistían a base de cebollas silvestres, malezas y flores de violetas, y los niños asistían a la escuela sin ropa interior, zapatos ni abrigo.[51] En 1932, el periódico The New York Times informó lo siguiente:

En la mañana de ayer cincuenta y cuatro hombres fueron detenidos por dormir o vaguear en la galería que conecta con el subterráneo a través de la calle 42 Oeste al 45, pero en su mayoría consideraron un golpe de suerte su inesperado encuentro con los diez policías que efectuaban la redada, ya que así consiguieron comida gratis ayer y cobijo anoche del cambio repentino en el tiempo. […] La tarea de tomarles las huellas dactilares y confrontarlas con los registros policíacos requerían tanto tiempo que el juez Renaud pospuso el juicio de estos hombres por alteración del orden público hasta esta tarde. Esto les aseguró un refugio para pasar la noche y más comida gratis para hoy.

Otro periódico publicó este relato:

Al cruzar en automóvil la sequía del campo del Medio Oeste, uno intenta no mirar las costillas salidas de los caballos y las vacas; pero, al ser tantos, no se puede ver otra cosa que costillas, que parecen cientos de miles de pequeñas quillas encalladas en una playa. Parece que los huesos les crecen más allá de la piel. Algo después, poco a poco, uno se da cuenta de que el granjero, bajo sus harapos, también tiene las costillas a la vista, y su esposa es tan delgada como sus vacas, y sus hijos se ven pequeños y hambrientos.[52]

Para muchos, la democracia en sí parecía anacrónica, incluso destinada al fracaso. Grandes cantidades de escuelas cerraban, porque los gobiernos locales y estatales no podían pagar a los maestros. Los delegados comunistas se reunieron con públicos receptivos en todo el país, en especial entre los desempleados. Otros estadounidenses se sintieron atraídos por el fascismo, convencidos de que este se comprometía a garantizar el orden social en medio del caos. “La niebla de la desesperación”, escribió el historiador Arthur Schlesinger Jr., “cubría la tierra”.[53] El alcalde de Chicago insistía en que era mejor que Washington enviara a la ciudad US $150.000.000 de inmediato que enviar a las tropas federales más adelante.[54] Durante una audiencia en el Congreso, un miembro de la Cámara de Representantes dijo: “Robaría antes que morir de hambre”, y el testigo, un cuáquero, respondió: “Creo que probablemente todos lo haríamos. No sé si le conviene que eso quede registrado”.[55]

Un sembrador de Alabama, titular de la Federación de Oficinas Agrícolas (Farm Bureau Federation), advirtió a una comisión del Senado: “A menos que se haga algo por los agricultores estadounidenses, en menos de doce meses habrá una revolución en el campo”.[56] El senador Reed, de Pensilvania, confesó: “Pocas veces envidio el gobierno de otros países, pero creo que si alguna vez este país llegara a necesitar un Mussolini, ese momento sería ahora”.[57] Un economista conservador, Virgil Jordan, se expresó en términos similares: “Un Mussolini económico podría tenerlos, en pocos meses, desfilando con camisas rojas, blancas y azules, y rindiendo homenaje a un nuevo símbolo”.[58] Reinhold Niebuhr, el gran teólogo, escribió un ensayo sobre la muerte de la sociedad liberal, donde insistía en que “el capitalismo está muriendo” y en que “debe morir”.[59] Estaba creciendo un rencor peligroso, en especial contra los ricos.[60]

Esta era la situación cuando Franklin Delano Roosevelt, en silla de ruedas, asumió la presidencia y dijo al país: “Permítanme reivindicar mi firme creencia de que lo único a lo que debemos tenerle miedo es al miedo mismo, un terror indescriptible, irracional e injustificado que paraliza los esfuerzos necesarios para

convertir una retirada en avance". Y proclamó: "No desconfiamos del futuro de la democracia esencial. El pueblo de los Estados Unidos no ha fallado. En su necesidad, ha registrado un mandato de que desea una medida directa y enérgica".

La práctica y la teoría

El New Deal se ocupó de esa acción. En un período sorprendentemente corto, el gobierno nacional se amplió y se reformó de manera radical, al incorporar una notable variedad de programas y organismos nuevos. En 1933, se crearon nada menos que cinco organismos para dar empleo a la población: la Administración de Obras Civiles (Civil Works Administration, CWA), el Cuerpo de Conservación Civil (Civilian Conservation Corps, CCC), la Administración Federal de Ayuda de Emergencia (Federal Emergency Relief Administration, FERA), la Administración de Obras Públicas (Public Works Administration, PWA) y la Autoridad del Valle del Tennessee (Tennessee Valley Authority, TVA). De las varias leyes nuevas destinadas a proteger a los trabajadores, la más importante fue la Ley Nacional de Relaciones Laborales (National Labor Relations Act), promulgada en 1935, que otorgó a los trabajadores el derecho a organizarse y proporcionó diversas protecciones a los sindicatos y a sus organizadores. La Ley de Normas Razonables de Trabajo (Fair Labor Standards Act), promulgada en 1938, creó protecciones a los salarios mínimos y al máximo de horas de trabajo. Se diseñaron una serie de estatutos, entre los que se destacó la Ley de Seguridad Social (Social Security Act) de 1935, para brindar asistencia a los pobres que no tenían empleo.

La ola de actividad cubrió una amplia diversidad de temas. A veces se distingue el "primer New Deal" del "segundo New Deal". Según la visión convencional, de 1933 a 1935, la administración de Roosevelt buscó promover la acción cooperativa dentro de la industria para evitar la caída de los precios y aumentar el empleo. También intentó proporcionar diversas formas de ayuda económica

a corto plazo, a veces con puestos de trabajo y otras veces por medio de asistencia financiera. Muchos de los primeros organismos –en especial, el CCC, la FERA y la Administración de Progreso de Obras (Works Progress Administration, WPA)– fueron intentos de proveer de empleo y asistencia económica a los más necesitados.

El segundo New Deal, de 1935 a 1937, abandonó en gran medida el esfuerzo para promover la cooperación de la industria y, en cambio, se enfocó en las políticas antimonopolio. En ese período, su objetivo fue brindar protección a largo plazo a las personas vulnerables con reformas más grandes. Aquí, quienes promovían el New Deal fueron más ambiciosos, tal como se ve en lo que sugería Harry Hopkins luego de las elecciones de 1934: "Muchachos, llegó nuestra hora. Tenemos que conseguir todo lo que queremos: un programa de obras, la seguridad social, los salarios y las horas, todo; es ahora o nunca. Empiecen a pensar en el desarrollo de un vale completo que brinde seguridad a todos los habitantes de este país, de arriba abajo, a escala global".[61] Una de las primeras medidas fue la Ley de Asignación de Asistencia ante Emergencias (Emergency Relief Appropriation Act), que otorgó a la WPA US$4.800.000.000, en ese momento la mayor asignación en tiempos de paz de la historia de la nación.[62] Las medidas posteriores no sólo incluyeron la Ley de Seguridad Social y la Ley Nacional de Relaciones Laborales, sino también la Ley del Impuesto sobre la Riqueza (Wealth Tax Act; dirigida principalmente a los más ricos) y la Ley de Bancos (Banking Act), con la creación de la Junta de la Reserva Federal (Federal Reserve Board).

En las políticas nacionales de Roosevelt no había un tema simple o habitual. En palabras de Robert Jackson, uno de los asesores más cercanos del presidente: "El New Deal no fue un movimiento de reforma; fue un ensamble de movimientos, que a veces eran incompatibles".[63] Tal como explica el historiador Ellis Hawley: "El New Deal comenzó con un gobierno que respaldaba a los consorcios y la planificación de negocios; terminó con la campaña antimonopolio y el ataque a los precios rígidos; y en el camino, realizó breves excursiones al socialismo, a la regulación de los servicios públicos y al establecimiento de 'los criterios del gobierno'".[64] Después de 1937, hubo más cambios, con el objetivo de establecer nuevas estrategias de regulación y, en

especial, usar la política fiscal para estabilizar la economía.[65] A Roosevelt le gustaba experimentar; era un pragmático interesado en los resultados y las soluciones, no en las teorías y los temas. “Tomen un método y pónganlo a prueba. Si falla, admítanlo abiertamente y pongan otro a prueba, pero, sobre todo, intenten hacer algo”.[66]

Esta inclinación por experimentar no debería eclipsar los efectos más amplios de la presidencia de Roosevelt. Desafió el marco de gobierno de tres maneras diferentes: primero y principal, con una nueva concepción de los derechos. Los promotores del New Deal consideraban que la interpretación preexistente de los derechos incluía mucho por un lado y poco por el otro: una protección excesiva de los intereses de propiedad establecidos y una protección deficiente de los intereses de los pobres, los ancianos y los desempleados. En el discurso de aceptación de la nominación presidencial demócrata en 1936, por ejemplo, Roosevelt argumentó que, aunque los redactores de la Constitución sólo se habían preocupado por los derechos políticos, las nuevas circunstancias exigían que también se reconocieran los derechos económicos porque “la libertad no es algo para tomar a la ligera”.[67] Por lo tanto, los reformadores del New Deal exigieron cambios sustanciales para reconocer los nuevos intereses como privilegios y redistribuir los recursos. En cuanto al sentido amplio de la libertad, los medios de Roosevelt cambiaron, pero no sus objetivos.

El segundo elemento del desafío de Roosevelt se enfocó en la división de poderes. De acuerdo con los defensores del New Deal, un sistema donde las funciones estaban divididas bruscamente impedía que el gobierno reaccionara con flexibilidad y rapidez para estabilizar la economía y proteger a los necesitados de las fluctuaciones del mercado. Además, la distribución del poder entre los tres poderes del gobierno creaba luchas políticas que no permitían que los funcionarios del Ejecutivo respondieran a los problemas graves por su cuenta. Se necesitaba un conjunto más unificado de poderes para dar lugar a una acción gubernamental drástica y frecuente. Por otra parte, el carácter complicado de la regulación moderna aumentaba enormemente la necesidad de conocimientos técnicos y especialización en la toma de decisiones gubernamentales. Por lo tanto, quienes defendían el New Deal argumentaban (con éxito en los dos casos) a favor de un aumento

en la autoridad presidencial y de nuevos organismos reguladores capaces de proporcionar tanto trabajo como seguridad. Para el New Deal, la concepción de administración consideraba a los organismos reguladores aislados políticamente, con iniciativa propia y técnicas sofisticadas. El propio Roosevelt proclamó que "el día de la administración ilustrada ha llegado".[68]

El tercer elemento del desafío del New Deal dio lugar a un cambio en la relación entre el gobierno federal y los estados, al extender ampliamente el poder del primero. La competencia entre los estados a veces paralizaba cuestiones que requerían una solución uniforme a escala nacional. Los estados a menudo eran espacios de lucha entre facciones y estrechez mental. El predominio de grupos privados bien organizados en los estados hacía difícil aceptar la creencia tradicional de que la autonomía estatal realmente servía a la autodeterminación local. Para los defensores del New Deal, los estados eran débiles e infructuosos, incapaces de proteger los derechos o de ocuparse de los problemas sociales graves; parecían demasiado grandes para proporcionar un foro a favor de una autodeterminación genuina. La vieja idea de que los estados acudirían al gobierno federal parecía perversa a la luz de la necesidad de una acción nacional. Por encima de todo, los derechos reconocidos poco tiempo antes, listados en la segunda Carta de Derechos, no se podían garantizar a escala estatal. En estas circunstancias, era bastante evidente la necesidad de aumentar drásticamente el ejercicio del poder regulador federal.

Muchos de los esfuerzos anteriores de reforma se habían basado en instituciones estatales y locales, en parte debido a la tenacidad de la creencia jeffersoniana en una ciudadanía comprometida que operaba a través de algo así como una democracia directa. Por el contrario, los promotores del New Deal convertían a la presidencia, y no a los estados y las localidades, en el punto focal para el autogobierno. De este modo, de una sola vez, vincularon la creencia de Alexander Hamilton en un gobierno nacional enérgico con la promoción de Thomas Jefferson de la autodeterminación de los ciudadanos. Por lo tanto, Roosevelt democratizó las nociones hamiltonianas de gobierno enérgico con una nueva concepción de la presidencia y el gobierno.

Pero todo esto es demasiado abstracto. ¿Qué hicieron realmente los nuevos organismos? En un mensaje al Congreso en 1934, Roosevelt explicó los objetivos de sus programas:

En mi opinión, estos tres grandes objetivos –la seguridad de un hogar, la seguridad de un medio de subsistencia y la seguridad de una cobertura social– son, lo mínimo de la promesa que podemos ofrecer al pueblo estadounidense. Constituyen un derecho que les corresponde a cada individuo y a cada familia dispuesta a trabajar. Son el cumplimiento esencial de las medidas ya tomadas hacia la asistencia, la recuperación y la reconstrucción.[69]

Durante la presidencia de Roosevelt, el gobierno nacional intentó en gran medida promover el trabajo y la seguridad. Su método era deliberada y conscientemente experimental. A medida que los programas individuales tuvieron éxito o fracasaron en la década de 1930, diversos organismos fueron creados, modificados y desmantelados. A continuación, destaco aquellos que se diseñaron específicamente para crear trabajo y seguridad.

Trabajo y seguridad

Roosevelt era particularmente poco entusiasta de los beneficios sociales en cuanto tales; de hecho, se refería a ellos como el "reparto" [the dole]. Convencido de que el apoyo financiero por parte del gobierno era desmoralizador y contrario a los ideales nacionales, trató de encontrar maneras de proporcionar asistencia a la multitud de desempleados que no comprometieran el orgullo y amor propio de los destinatarios. "El gobierno federal", dijo, "no tiene la intención ni desea imponer al país o a los desempleados mismos un sistema de asistencia que sea incompatible con los ideales estadounidenses de independencia de los individuos".[70] En su discurso del Estado de la Unión en 1935, argumentó que

depender continuamente de la asistencia induce a una desintegración espiritual en esencia destructiva para la fibra nacional. Repartir la asistencia de esta manera es administrar un narcótico, un destructor sutil del espíritu humano. […] Debemos encontrar trabajo para los trabajadores capaces que carecen de recursos.[71]

Tanto el gobierno como los beneficiarios preferían los planes de asistencia laboral, aunque a menudo fueran más costosos que los pagos en efectivo. Así, los promotores del New Deal "esperaban que los programas de empleo del gobierno y los seguros sociales acabaran para siempre con el degradante espectro de asistencia pública basada en las pruebas de medios". Querían asegurarse contra el desempleo masivo con programas de empleo y proteger, mediante programas específicos, "contra las inseguridades típicas de la edad, la discapacidad, la falta de salud y la falta de trabajo".[72] Consideremos algunos ejemplos.

El Cuerpo de Conservación Civil

El primer intento de Roosevelt por proporcionar asistencia laboral a escala federal fue el ya mencionado Cuerpo de Conservación Civil (CCC), creado a principios de 1933.[73] Su enfoque en el trabajo y la conservación hizo que esta iniciativa fuera especialmente importante para Roosevelt en lo personal. Luego de tres meses, el CCC tenía registrados a más de doscientos mil hombres jóvenes; con el tiempo, dio empleo a tres millones. Los programas empleaban a hombres jóvenes mayormente en el trabajo forestal y les pagaban US$1 por día, además de brindarles alojamiento, alimento y ropa. El trabajo del CCC incluía tender el cableado telefónico, preservar especies en peligro de extinción como la grulla blanca, construir caminos para camiones y estaciones de guardabosques, mejorar los parques y las playas, plantar árboles y apagar incendios. El

“Cuerpo” del nombre del organismo se debe al apoyo que el ejército le dio al proyecto, que incluyó camiones, carpas, equipos, e incluso a los oficiales de reserva que supervisaban a los trabajadores. El programa se implementó con la ayuda de varias divisiones del gobierno, incluidos los departamentos de Trabajo, de Guerra, del Interior y de Agricultura. Al emplear a trabajadores de familias que recibían asistencia y familias de veteranos de guerra, el CCC redujo el papel de la asistencia estatal, que estaba sobrecargada.

En los campos, muchos de estos trabajadores aprendían a leer y escribir. A pesar de estar segregados según su raza, los campos del CCC brindaban oportunidades a muchos jóvenes afroamericanos que allí conseguían puestos de trabajo en una proporción más o menos equivalente a lo que ocurría en la población general. El CCC existió hasta 1942, cuando en tiempos de guerra el ejército ya no pudo prescindir de su personal ni de los recursos; entonces, muchos de los millones de empleados del CCC se unieron a la administración pública.

La Administración Federal de Ayuda de Emergencia

Creada durante los primeros cien días del primer mandato de Roosevelt, la Administración Federal de Ayuda de Emergencia (FERA) fue establecida por ley para otorgar US$500.000.000 a los estados para los esfuerzos de asistencia y empleo temporario; los siguientes dos años, se distribuyó seis veces ese monto. Al presionar para que se instaurase la FERA, Roosevelt declaró que la nación debía asegurarse de que ninguno de sus ciudadanos muriera de hambre. La FERA se creó para tratar directamente con los organismos estatales. El monto de la subvención que recibía cada estado dependía de sus gastos en asistencia, un intento de alentarlos a brindar más ayuda. El administrador de la FERA debía retener los fondos para asignarlos en función de las necesidades. Roosevelt designó a Harry Hopkins, uno de sus principales asesores, como administrador en mayo de 1933.

Quienes solicitaban la ayuda de la FERA debían someterse a una

prueba de medios para calificar como beneficiarios de la asistencia, que a menudo se otorgaba en forma de cupones para alimento, renta o combustible. A veces, se distribuían subsidios en efectivo, o planes de asistencia laboral si había algún proyecto disponible. Debido a las restricciones en el uso de los fondos para comprar materiales, gran parte de la asistencia laboral consistía en dar a los solicitantes tareas remuneradas con muy poco valor intrínseco. De todos modos, la mayoría de los fondos se destinaban a la asistencia directa, tanto en efectivo como en cupones para necesidades básicas. Uno de los proyectos más importantes que estableció este organismo fue un esquema de trabajo universitario que ofrecía a los estudiantes becas a cambio de trabajo. En 1935, tras el éxito de la CWA en el invierno de 1934 y algunos programas de trabajo similares de la FERA, estos programas de alivio fueron reemplazados por uno más grande, la WPA.

La Administración de Obras Civiles

En noviembre de 1933 se instauró la Administración de Obras Civiles (CWA) para brindar asistencia a los desempleados durante los meses de invierno. Para promover este objetivo, quienes solicitaban empleo no estaban sujetos a una prueba de medios. Tal como estaba previsto, duró sólo el invierno, y su gasto total fue de US$933.000.000, de los cuales el 10% fue aportado por los estados. El 80% del presupuesto del organismo fue para salarios. En su pico máximo, en febrero de 1934, la CWA dio empleo a cuatro millones de trabajadores. Hacia fines de abril, ya se había despedido al último de los equipos de trabajo.[74] La CWA construyó o mejoró más de ochocientos mil kilómetros de carreteras, cuarenta mil escuelas, tres mil quinientos parques, patios de juegos y campos deportivos, y mil aeropuertos pequeños. Dio empleo a cincuenta mil maestros y a tres mil artistas y escritores. La breve vida de este organismo sirvió como un ejemplo poderoso del potencial de los programas universales de asistencia laboral, y sus logros fueron un impulso para el establecimiento de un programa más ambicioso de asistencia laboral, la Administración de Progreso de Obras.[75]

La Administración de Progreso de Obras

La transición de la asistencia directa de la FERA a la asistencia laboral de la ya mencionada Administración de Progreso de Obras (WPA) se debió, en gran medida, a que Roosevelt seguía convencido de que "repartir la asistencia [en efectivo] de esta manera es administrar un narcótico, un destructor sutil del espíritu humano". [76] Después de 1934, el gobierno federal intentó mantener a las grandes cantidades de trabajadores que estaban desempleados y dejó a los gobiernos estatales y locales a cargo del apoyo a quienes no podían trabajar. La WPA se estableció con la aprobación de la Ley de Asignación de Asistencia ante Emergencias, que destinó US $4.800.000.000 para la asistencia laboral. En sus ocho años de historia, la WPA dio empleo a más de 3.500.000 de estadounidenses, que construyeron 1.047.823 km de carreteras, caminos y calles, y construyeron o mejoraron 124.031 puentes, 2500 hospitales, 125.110 edificios públicos, 8192 parques, más de 3000 escuelas y 853 pistas de aterrizaje de aeropuertos. Su obra es visible a lo largo y a lo ancho de los Estados Unidos. Los proyectos de la WPA incluyen el aeropuerto LaGuardia en Nueva York, la autopista Lake Shore Drive en Chicago, el subterráneo de la avenida Huntington en Boston y el zoológico de San Antonio.

Al principio, había una gran controversia en torno a la índole y la escala de los proyectos de trabajo de la WPA. Harold Ickes prefería los grandes esfuerzos de construcción, mientras que Harry Hopkins –administrador de la FERA y la CWA– ejercía presión para realizar proyectos más pequeños que permitirían al organismo gastar la mayor parte de sus fondos en salarios.[77] Dado que los proyectos más pequeños permitían una mayor flexibilidad al organismo y proporcionaban un estímulo más rápido, Roosevelt finalmente apoyó a Hopkins y lo nombró administrador de este organismo. Al igual que con la FERA, quienes solicitaban asistencia laboral con cobertura de la WPA debían someterse a una prueba de aptitudes. Los candidatos seleccionados recibían un salario que estaba por debajo de las escalas vigentes, pero por encima del estipendio de la

ayuda. Como los salarios y las horas de trabajo de los empleados de la WPA eran limitados, el organismo no competía con los empleadores privados. De este modo, se incentivaba a los trabajadores a dejar sus puestos de trabajo con la WPA si hallaban un empleo en el sector privado.[78]

La Administración Nacional de la Juventud (National Youth Administration, NYA), una división de la WPA, se creó en junio de 1935 por orden ejecutiva para ayudar a los jóvenes, tanto dentro como fuera de la escuela. El programa concedía apoyo financiero a estudiantes de la escuela secundaria y la universidad para mantenerlos estudiando y fuera del mercado laboral, que estaba saturado. Para aquellos que no asistían a la escuela, la NYA proporcionaba capacitación profesional, así como un apoyo financiero temporal. Respondía particularmente a las necesidades de los jóvenes afroamericanos e incluía un fondo especial para los estudiantes universitarios afroamericanos y una Sección de Asuntos de la Negritud, creada en 1936.[79] Desde 1935 hasta 1943, cuando se interrumpió su actividad, la NYA brindó asistencia a más de dos millones de jóvenes.[80] La WPA apoyó, en promedio, a cerca del 30% de los desempleados capaces de trabajar. De ese modo, dio empleo no sólo a los trabajadores comunes y corrientes, sino también a actores, maestros, escritores y artistas, lo cual produjo una amplia gama de beneficios culturales y sociales.

La Administración de Seguridad Agrícola

En 1935, Roosevelt estableció la Administración de Reasentamiento (Resettlement Administration) para asistir a los pobres de las zonas rurales. El objetivo del organismo era trasladar a los ocupantes de las tierras incultivables, así como a los aparceros y medieros desposeídos, a mejores terrenos o a suburbios creados por el gobierno. También prestaba fondos a pequeños agricultores para que compraran equipos, y experimentó con las granjas cooperativas y arrendamientos a largo plazo.[81] Debido a la falta de fondos y de apoyo político, la Administración de Reasentamiento brindó en

realidad muy poca ayuda a los pobres de las zonas rurales. En 1937, el Congreso creó la Administración de Seguridad Agrícola (Farm Security Administration, FSA) como parte del Departamento de Agricultura. Este organismo se hizo cargo de las responsabilidades de la Administración de Reasentamiento y cambió el enfoque del reasentamiento a la preservación de las pequeñas granjas familiares.

La FSA proporcionaba fondos a pequeños terratenientes para el pago de deudas y mejoras en la tierra, y también daba préstamos a arrendatarios para comprar tierras. El número de pequeños agricultores que recibió ayuda de ese ente fue una pequeña fracción de los que buscaron asistencia. El organismo enfrentó la misma dificultad que su predecesor para conseguir fondos, ya que no había mucha voluntad política para ayudar a los pobres de las zonas rurales. La Administración de Crédito Agrícola (Farm Credit Administration, FCA) extendió programas de préstamos para brindar cierto alivio a aquellos que no podían realizar los pagos de sus granjas.[82] Dado que muchos de los pequeños agricultores no eran dueños de las tierras que trabajaban, esa ayuda tampoco fue suficiente. Finalmente, durante la guerra la FSA fue reemplazada por la Administración de Vivienda Rural (Farmers Home Administration, FmHA).[83]

La Administración de Obras Públicas

La financiación de las obras públicas se aprobó como parte de la Ley de Recuperación de la Industria Nacional (National Industrial Recovery Act) durante los primeros cien días del New Deal. La Administración de Obras Públicas (PWA) fue un programa de construcción a gran escala dirigido por Harold Ickes, secretario del Interior de Roosevelt. Entre los proyectos llevados a cabo por la PWA se encuentran la presa de Bonneville, la compleción de la presa Hoover, el puente Triborough en Manhattan, la autopista Lake Shore Drive en Chicago y muchos de los proyectos planificados por la TVA. Aunque el proyecto proporcionaba asistencia laboral a algunos, su objetivo principal era apoyar a la industria privada,

especialmente a las industrias de la construcción y de los materiales para construir.[84] El organismo promovió proyectos de construcción grandes y costosos, como puentes, diques, autopistas y edificios. La mayoría quedó en manos de entidades gubernamentales locales que recibieron subvenciones o préstamos de la PWA, aunque en algunos casos agencias federales en realidad se ocuparon de llevar a cabo los proyectos. La PWA financió proyectos por más de US$6.000.000.000, dando empleo a alrededor de medio millón de personas al año. La Ley de Recuperación de la Industria Nacional creó la División de Vivienda dentro de la PWA en junio de 1933. Al principio, otorgaba préstamos a sociedades privadas con dividendos limitados para financiar la construcción de viviendas individuales y proyectos de vivienda, así como la demolición de barrios pobres.

La Administración de Electrificación Rural

Debido a que la baja densidad de población hizo que el tendido eléctrico no fuera rentable en las zonas rurales, sólo una de cada diez granjas tenía electricidad en 1930. Por lo tanto, la mayoría de ellas no podía utilizar muchos artefactos para ahorrarse trabajo. Para rectificar la desigualdad, Roosevelt creó la Administración de Electrificación Rural (Rural Electrification Administration, REA) en 1935. Al principio, el organismo ofreció préstamos con intereses bajos a las empresas privadas de servicios públicos para tratar de alentarlas a prestar sus servicios en las zonas rurales. En 1936, cambió de rumbo y estableció cooperativas de agricultores, y les ofreció a ellas préstamos con intereses bajos. Las cooperativas tendían las líneas y producían o compraban energía. La REA también dio préstamos para el cableado domiciliario y la compra e instalación de electrodomésticos y artefactos eléctricos. Hacia 1939, una cuarta parte de las granjas del país recibían electricidad, un cambio enorme en la vida de los estadounidenses de las zonas rurales.

La Junta Nacional de Relaciones Laborales

En 1935, con la aprobación de la Ley de Wagner, una medida excepcionalmente ambiciosa para cambiar la relación entre los trabajadores y los empleadores, y mejorar tanto los salarios como las condiciones de trabajo, se estableció la Junta Nacional de Relaciones Laborales (National Labor Relations Board, NLRB). Uno de los objetivos era aumentar la organización colectiva de los trabajadores, porque se creía que el trabajo organizado mejoraría la vida de los que trabajaban. El New Deal también consideraba que la sola posibilidad de sindicalización conduciría a un mejor acuerdo para los trabajadores. Si los gerentes eran conscientes de que los trabajadores podían optar por sindicarse, era altamente probable cierto grado de compromiso, lo que llevaría a una mayor cooperación, salarios más altos y mejores beneficios.

La Ley de Wagner confirió poderes a la NLRB para hacer cumplir una serie de disposiciones que prohibían algunas prácticas generalizadas de los empleadores y daban a los empleados derechos que eran totalmente ajenos a las leyes preexistentes. Los trabajadores estaban autorizados a organizarse, a sindicalizarse y a participar en actividades a favor de sus sindicatos. La ley volvió ilegales los “contratos de perro amarillo”,[85] mediante los cuales los empleados prometían, como condición de contratación, no unirse a un sindicato. También prohibió los “sindicatos blancos”, organizaciones de trabajadores creadas por los empleadores o bajo su influencia, y obligó a los empleadores a negociar con los sindicatos de buena fe. En cierto modo, la Ley de Wagner equivalió a una carta de derechos de los trabajadores.

La Administración de la Seguridad Social

El desempleo a gran escala después de la caída de la Bolsa de 1929 recalcó la necesidad de algún tipo de seguro de vejez,[86] y la idea

ganó apoyo popular porque la situación de los ancianos siguió empeorando los primeros años de la Gran Depresión. La Ley de Seguridad Social de 1935 otorgó una pensión a los trabajadores jubilados autofinanciada a través de un impuesto sobre la nómina, que se dividía en partes iguales entre el empleador y el empleado, sin ninguna contribución del gobierno. En 1939, se modificó la ley para incluir beneficios para quienes dependieran de los trabajadores jubilados o los sobrevivieran; no contenía disposiciones sobre un seguro de salud universal, pero mantenía una indemnización por desempleo, financiada por los gobiernos estatales y federal. El programa también proporcionaba fondos federales a los estados para ayudar a las madres y a los niños dependientes, a los ciegos y a otros discapacitados, y para los servicios de salud pública. La Administración de la Seguridad Social (Social Security Administration, SSA) allanó el camino para el objetivo último de Roosevelt de proporcionar una red de seguridad social a todos los ciudadanos.

La Corporación de Préstamos a Propietarios de Viviendas

En respuesta al importante aumento de ejecuciones hipotecarias, Roosevelt buscó una legislación para ayudar a los propietarios de pequeñas viviendas. El resultado fue la Corporación de Préstamos a Propietarios de Viviendas (Home Owners Loan Corporation, HOLC), instaurada para ayudar a los propietarios que no podían pagar sus hipotecas. Mediante un refinanciación de las hipotecas con pagos diferidos y tasas de interés más bajas, la HOLC permitió que los propietarios conservaran sus casas mientras ayudaba al organismo de crédito a evitar pérdidas.[87] Este organismo fue una respuesta al compromiso de Roosevelt con el derecho a la vivienda. En un año, la HOLC había “realizado un gran trabajo de rescate, con más de un millón de préstamos a propietarios agobiados por deudas hipotecarias”.[88]

Lo más sorprendente de estos organismos diversos es que eran

expresiones concretas de la concepción de los derechos que estaba surgiendo. Si un gobierno nacional tomara en serio la segunda Carta de Derechos, podría comenzar con iniciativas de este tipo. El compromiso del equipo de Roosevelt podía verse en los cambios en los gastos sociales. En 1933, los gastos sociales representaban el 7,9% del producto bruto interno (PBI). En 1936, eran el 13,2% del PBI, con fuertes aumentos en los gastos de la seguridad social, la asistencia pública, la salud y los programas médicos, y la asistencia para la vivienda.[89] Los incrementos en la asistencia pública fueron especialmente pronunciados y llegaron a cuadriplicarse. Además, los programas hicieron una gran diferencia en muchas vidas. La WPA sola dio empleo a millones de personas y les permitió trabajar en programas que implicaban la demolición de barrios pobres, la reforestación, la rehabilitación de zonas rurales y la construcción de carreteras. Algunos de sus proyectos especializados tuvieron una gran importancia cultural. El Proyecto Federal de Arte (Federal Art Project, FAP) dio empleo a artistas para decorar cientos de oficinas de correo, escuelas y otros edificios públicos con esculturas y murales. Algunos músicos organizaron orquestas sinfónicas y canto comunitario. En el marco del Proyecto Federal de Teatro (Federal Theatre Project), distintas compañías de actores recorrieron el país con repertorios de obras antiguas y nuevas, y así acercaron por primera vez el teatro profesional a muchas comunidades.

Para ganar dinero, los participantes del CCC renovaron los bosques diezmados de la nación, plantaron un estimado de tres mil millones de árboles entre 1933 y 1942 y construyeron treinta mil refugios de vida silvestre, crearon o mejoraron playas y parques, y controlaron inundaciones. El efecto del New Deal en la confianza de la nación fue igual de importante. El estallido de actividad, diseñada para ayudar a aquellos que lo necesitaban, dio al país una sensación de que se estaba moviendo en la dirección correcta. Una mujer de Florida escribió acerca de Roosevelt: “Lo amo por todo lo que hizo, y por todo eso que quiso hacer y no pudo”. Un hombre de Seattle hizo eco de ese sentimiento: “Dios lo bendiga. Está haciendo todo lo posible para aliviar el sufrimiento”.[90]

Esto no quiere decir que todos o la mayoría de los programas de Roosevelt hayan tenido éxito o que proporcionen un buen modelo

para la actualidad. Los efectos generales del New Deal son muy debatidos, y no se puede argumentar seriamente que las medidas de Roosevelt fueron suficientes para generar prosperidad o incluso para eliminar el desempleo generalizado. Por supuesto que hubo un progreso. La tasa de desempleo se redujo del 24,9% en 1933 al 21,7% en 1934, al 20,1% en 1935, al 16,9% en 1936 y al 14,3% en 1937. Sin embargo, aumentó al 19% en 1938 y recién comenzó a caer de nuevo en la década de 1940, del 9,9% en 1941 al 4,7% en 1942, hasta menos del 2% de 1943 a 1945. Los cambios en el PBI muestran un patrón similar. La baja fue de US$55.600.000.000 en 1933; aumentó de manera constante hasta alcanzar los US $90.400.000.000 en 1937, cayó a US$84.700 millones en 1938 y recién subió significativamente en la década de 1940. La producción bélica (no el New Deal) fue el mayor impulso hacia la recuperación. De hecho, una grave recesión económica en 1937 creó grandes problemas a los defensores del New Deal.[91]

Las últimas décadas han enseñado mucho a la nación acerca de cómo aumentar el empleo y reducir la pobreza. Muchas de las medidas del New Deal eran toscas e ineficaces. Los logros más grandes y duraderos fueron la Ley de Seguridad Social y la Ley Nacional de Relaciones Laborales, que se sometieron a cambios significativos en las décadas que siguieron; ninguna estaría exenta de reconsideración hoy en día. Sabemos que el gobierno debe basarse, siempre que pueda, en reformas flexibles y favorables en términos de mercado, en forma de enfoques que tomen en serio los incentivos y estén alerta al riesgo de consecuencias adversas no deseadas. El punto central no es que Roosevelt eligió los métodos adecuados, sino que la segunda Carta de Derechos fue consecuencia de un conjunto particular de males, o problemas, sociales y un conjunto identificable de respuestas públicas.

Por supuesto, Roosevelt hizo mucho más que lo que describí aquí. Expandió ampliamente el poder de la Comisión Federal de Comercio (Federal Trade Commission), diseñada para promover la competencia y proteger a los consumidores; aumentó la autoridad de la Administración de Alimentos y Medicamentos, destinada a garantizar la seguridad de los productos; se involucró en una serie de medidas, en particular la Ley de Recuperación de la Industria Nacional, diseñadas para estabilizar la economía y promover la

confianza empresarial; se esforzó mucho por proteger a los bancos y las actividades bancarias; y su nuevo Estado regulador fue mucho más allá de las áreas de trabajo y seguridad, y modificó entendimientos preexistentes de los tres pilares del orden constitucional: los derechos individuales, los pesos y contrapesos, y el federalismo. Esa alteración plantea una pregunta natural.

¿El New Deal era inconstitucional?

He mencionado la idea de la libertad de contratar y la insistencia de la Corte, antes que del New Deal, en que esta idea imponía límites estrictos a la legislación reguladora. En la década de 1930 hubo una lucha intensa entre la Corte Suprema y la administración de Roosevelt. Antes de que este asumiera la presidencia, la Corte había dictaminado una serie de barreras al tipo de iniciativas con que Roosevelt quería comprometerse. En primer lugar, dictaminó que el poder del Congreso bajo la cláusula de comercio de la Constitución fuera limitado pronunciadamente, de una manera que haría difícil para el gobierno nacional hacer mucho de lo que Roosevelt buscaba hacer: prohibir el trabajo infantil, imponer leyes de salario mínimo y de máximo de horas de trabajo, y tomar medidas para regular las relaciones entre empleado y empleador. En segundo lugar, la Corte había sugerido que el Congreso no podía "delegar" su poder al presidente y las agencias federales, lo que indicaba que gran parte de la legislación del New Deal tendría dificultades constitucionales severas si otorgaba facultades discrecionales al presidente y las instituciones reguladoras para resolver los problemas venideros. En tercer lugar, la Corte sostuvo (por ejemplo, en las decisiones de "Adkins c. Hospital de Niños" mencionadas en el capítulo 2) que la Constitución protegía la "libertad de contratar" y, por lo tanto, no permitiría que el gobierno, ya fuera estatal o federal, regulara las relaciones entre empleadores y empleados.

Tomadas como un todo, estas resoluciones pusieron al New Deal en un terreno constitucional inestable, ya que la Corte emitió varios fallos en los primeros años de la administración de Roosevelt.

Cuando el New Deal sufrió una serie de derrotas importantes en la Corte, Roosevelt elaboró su célebre plan de "llenar la Corte", que le permitiría añadir a ella un nuevo miembro por cada juez que había llegado a la edad de 70 años, y así tendría a la mayoría a su favor.

Recién en 1937, en el caso "Hotel West Coast c. Parrish", la Corte se rindió frente a Roosevelt, dada la amenaza de una verdadera crisis constitucional. Ya vimos que el hotel West Coast rechazó la protección previa de la Corte a la libertad de contratar. Desde esa decisión, la Corte nunca ha derogado medidas federales bajo el argumento de que interfieren con esa libertad. Otros dos avances fueron cruciales. El primero involucró el aumento del poder del presidente. Después de señalar que podría castigar la "delegación" de autoridad parlamentaria del Congreso al presidente, la Corte se retractó enseguida. Decidió que siempre que el Congreso estableciera un "principio inteligible", podía otorgar amplia discrecionalidad al presidente y a sus entes para disponer las regulaciones que creyeran convenientes. En el gobierno moderno, el presidente y las agencias federales a menudo pueden elegir las políticas bajo leyes poco explícitas, al decir, por ejemplo, que la regulación de las telecomunicaciones debe ser "de interés público" y que los controles sobre los riesgos ocupacionales deben imponerse "en la medida en que sea factible". Desde el New Deal, la Corte Suprema ha permitido al Congreso otorgar un poder bastante ilimitado al Poder Ejecutivo.

El último avance amplió los poderes del propio Congreso. En poco tiempo, la Corte dictaminó que el gobierno nacional tenía una autoridad amplia para regular la economía según la cláusula de comercio. Aceptando los argumentos de Roosevelt, hizo hincapié en que, debido a las interdependencias en la economía nacional, los problemas de un estado muy probablemente afectarían el comercio interestatal. Por ejemplo, un paro en un estado podía afectar a los demás, y el gobierno nacional podía decidir con razón que era necesario proteger a escala nacional las relaciones laborales para cuidar el comercio interestatal. Yendo aún más lejos, la Corte dictaminó que podía llegarse a considerar que las empresas con actividades económicas aparentemente limitadas a un único estado tienen efectos interestatales,[92] aunque sólo sea porque suelen comprar productos de otros lugares. Como resultado, se negó a

derogar cualquier ejercicio de poder congresal posterior a la cláusula de comercio[93] durante casi sesenta años. No fue hasta 1995 que la Corte invalidó la acción del Congreso bajo la cláusula de comercio, cuando dejó sin efecto una medida congresal para prohibir la posesión de armas de fuego cerca de las escuelas.

¿Cómo debemos evaluar estos cambios en la interpretación constitucional? ¿Roosevelt en realidad violó o enmendó la Constitución? Al rendirse la Corte ante Roosevelt, ¿permitió una especie de enmienda constitucional no escrita, similar a las escritas que siguieron a la Guerra Civil? Esa es la opinión de algunos de los mayores admiradores de Roosevelt, y también de sus críticos. Por ejemplo, para Bruce Ackerman, profesor de Derecho de la Universidad de Yale, los Estados Unidos han tenido tres "momentos constitucionales":[94] la fundación, la Guerra Civil y el New Deal. Para este profesor, cada uno de estos momentos llevó a una reconsideración a gran escala de los compromisos de la nación que alteró en esencia el diseño y el objetivo básico de la Constitución. Entre esos tres períodos, el New Deal fue único en el sentido que no implicó ningún cambio textual en la Constitución. De todos modos, según Ackerman, en 1937 el significado de la Constitución había cambiado mucho en comparación con el que había tenido en 1932. Sostiene que el cambio fue consecuencia de un movimiento popular masivo que actuó como un cambio constitucional literal. Dado que el New Deal fue ratificado por la ciudadanía, tanto como la Guerra Civil, Ackerman lo considera totalmente legítimo.

Hay quienes están de acuerdo con la evaluación que hace Ackerman de lo que ocurrió, pero no comparten su aprobación. Para ellos, el New Deal fue una salida ilegítima del marco constitucional, que dio al gobierno nacional poderes sin precedentes, permitió que el Congreso delegara esos poderes e interfirió con la libertad protegida constitucionalmente. Este punto de vista es muy frecuente hoy en día y ayuda a explicar parte del trabajo de la Corte Suprema cuando el juez presidente era William Rehnquist, que, en algunos aspectos, ha intentado revigorizar la Constitución anterior al New Deal. En su forma más extrema, este punto de vista sugiere que hay una "Constitución en el exilio", un documento real que la Corte abandonó al someterse a Roosevelt. Douglas H. Ginsburg, juez de apelaciones especialmente capaz, justo y distinguido, escribe que

“el respeto por el texto de la Constitución era la norma […] el primer tercio del siglo XX”, pero que “la Gran Depresión y la determinación de la administración de Roosevelt pusieron al compromiso de la Corte Suprema con la Constitución tal como estaba redactada bajo mucha presión en la década de 1930, y fue entonces cuando las ruedas comenzaron a descarrilarse”.[95] El juez Ginsburg cuestiona una serie de decisiones en que la Corte permitió que la administración de Roosevelt hiciera lo que quería; señala particularmente su decisión de defender la Ley Nacional de Relaciones Laborales como un ejercicio legítimo del poder congresal.

Muchos críticos creen que es a la vez posible e importante restaurar la verdadera Constitución. De manera menos radical, hoy en día, numerosos jueces estadounidenses parecen creer que los tribunales deben moverse cada vez más hacia la restauración de las interpretaciones constitucionales previas a Roosevelt. Para ellos, la Constitución de Roosevelt carece de una legitimidad constitucional completa.

Esta opinión también existe fuera del poder judicial. De hecho, los primeros años del siglo XXI han sido testigos de un notable cambio en el pensamiento jurídico conservador. En la década de 1980, los eruditos jurídicos conservadores reaccionaron contra las decisiones liberales de la Corte de Warren, instando a un principio de control judicial. Querían que los tribunales retrocedieran, que permitieran las restricciones al aborto, las prácticas agresivas por parte de la policía y cierto grado de asistencia pública a las organizaciones religiosas. Estas críticas de la Corte de Warren se basaban en un deseo entendible para permitir que el pueblo se gobernara a sí mismo, con una supervisión judicial limitada. Pero no cabe duda de que, entre algunos republicanos contemporáneos, el New Deal se ha convertido en el blanco principal. Para ellos, Roosevelt es el villano, no Earl Warren, y consideran apropiado atacar las iniciativas de Roosevelt a través de las políticas y la ley, tanto en los tribunales como en las legislaturas. Para algunas de estas personas, los logros de los que más se enorgulleció Roosevelt (por ejemplo, la Ley de Seguridad Social) no son para festejar. Uno de sus principales objetivos es avanzar hacia el sistema constitucional que precedió a Roosevelt, un sistema con un gobierno federal débil, menos

organismos reguladores y una concepción más limitada de los derechos. Las administraciones de Ronald Reagan, George H. W. Bush y George W. Bush han incluido a muchos individuos escépticos ante el New Deal.

El New Deal se basó en un conjunto de ideas que se concretaron hacia el final de la presidencia de Roosevelt como la segunda Carta de Derechos. Quienes lo rechazan están rechazando la concepción de los derechos que Roosevelt quería promover. Voy a comentar los debates resultantes en la tercera parte de este libro. Por ahora, simplemente volvamos a la Constitución. En mi opinión, los admiradores y los antagonistas de Roosevelt se equivocan bastante al sugerir que sus iniciativas eran inconstitucionales. El juez Ginsburg malinterpreta tanto la historia constitucional como la Constitución tal como fue escrita. Sin duda, la Corte Suprema emitió una serie de decisiones que protegieron la libertad de contratar, pero estas eran ilegítimas y carecían de fundamentos en el documento fundacional de la nación. La Constitución no fue violada en absoluto por las iniciativas del New Deal que intentaban proteger a los trabajadores de algunas de las presiones del mercado; fue la Corte, no Roosevelt, la que actuó contra el derecho constitucional. Y tampoco prohíbe al Congreso otorgar cierto grado de discrecionalidad al presidente. Es cierto que según la Constitución el Congreso hace las leyes, pero nada en ella prohíbe al Congreso "hacer" una ley que permita que el presidente tenga una amplia gama de opciones.

Al contrario de la opinión generalizada, los organismos reguladores son casi ajenos al marco constitucional estadounidense. Los departamentos más importantes, incluidos aquellos del nivel del gabinete, existieron desde el principio. Es cierto que el gobierno federal tiene poderes limitados y que el Congreso no puede regular cualquier tema que elija. Sin embargo, el Congreso tiene el poder para regular "el comercio entre varios estados", gravar y gastar. La mayor parte de la legislación del New Deal se ajustaba sin problema dentro de estas autoridades. En nuestra economía altamente interdependiente, las leyes de Texas podrían afectar a las personas de California y Nueva York. De esto se desprende que el poder para regular "el comercio" entre los estados naturalmente permite una mayor participación federal que lo que permitía cuando los estados

parecían islas separadas. Es muy probable que los conflictos entre empleado y empleador en un estado afecten el comercio interestatal. Al contrario de la sugerencia del juez Ginsburg, la Corte tenía toda la razón para defender la Ley Nacional de Relaciones Laborales; esto ni siquiera estaba en duda.

Una última observación. En un sistema democrático, los tribunales no son nuestros gobernantes. Los jueces deben a los poderes electos del gobierno un alto grado de deferencia y respeto. Frente a una duda razonable, los tribunales deberían aceptar todo reclamo plausible de que una acción está dentro de la autoridad constitucional del Congreso y el presidente. Al menos esa es la mejor regla general. Antes del New Deal, la Corte violó esa regla varias veces, al rechazar por completo juicios razonables por parte de los estados y el gobierno nacional. Los actos más graves de inconstitucionalidad no vinieron de la administración de Roosevelt, sino de las decisiones de la Corte Suprema a principios del siglo XX, al derogar las leyes de salario mínimo y de máximo de horas de trabajo y limitar estrictamente el poder del Congreso bajo la cláusula de comercio.

No niego que Roosevelt y el New Deal hayan tenido un efecto enorme en la interpretación del país de lo que el presidente y el Congreso podían hacer legítimamente. La afirmación de Ackerman, según la cual el New Deal era un “momento constitucional”, es creíble por una razón: en 1937, el gobierno estadounidense era muy diferente de lo que era en 1932. Una gran parte de mi objetivo aquí ha sido capturar la naturaleza de estas diferencias. Sin embargo, esa transformación no implicó ninguna violación de los principios constitucionales. La Constitución de los Estados Unidos es un instrumento flexible, que admite una gran cantidad de cambios con el tiempo. No prohíbe la experimentación ni los ajustes. En cierta medida, da lugar a una nueva interpretación de los derechos y permite cambios en los acuerdos institucionales. Esa es parte de su genialidad.

4. El nacimiento de la segunda Carta de Derechos

Si hubieran pasado dos años en cama intentando mover el dedo gordo del pie, después de eso todo les parecería fácil.

Franklin Delano Roosevelt, cit. por Schlesinger

Roosevelt buscaba cambios constitucionales, y los logró; quería que el documento fundacional fuera interpretado de modo que legitimase sus programas. No argumentaba que la Constitución debía ser enmendada para incluir una segunda declaración de derechos. Al referirse a esta carta de derechos, ni siquiera habló de una enmienda constitucional. Entonces, ¿cuál era la propuesta de Roosevelt? Para contestar esa pregunta, necesitamos trazar una distinción entre los derechos constitucionales y lo que llamaré "compromisos constitutivos" de una nación. Roosevelt intentaba redefinir estos últimos sin alterar los primeros.

Algunos derechos constan en los documentos fundacionales; son derechos constitucionales en el sentido de que la interpretación predominante del documento los encuentra allí. Algunos de estos derechos, como el derecho a la libertad de expresión, se mencionan explícitamente en la Constitución de los Estados Unidos; de otros no hay mención expresa, pero se entiende que están incluidos en los términos de la Constitución. Consideremos el derecho a viajar de un estado a otro o el derecho a vivir libre de discriminación sexual; ninguno se menciona explícitamente en la Constitución, pero ambos se encuentran allí al interpretarla. De todos modos, otros derechos carecen de cualquier tipo de estatus constitucional. El documento fundacional no se refiere a ellos, y nadie argumenta seriamente que estén incluidos en la Constitución de alguna manera. Sin embargo, estos derechos son compromisos constitutivos; tienen un lugar

especial en el sentido de que tienen amplia aceptación y no pueden ser eliminados sin un cambio fundamental en su interpretación social. Son constitutivos genuinamente, en el sentido de que contribuyen a crear (o, precisamente, constituir) los valores básicos de una sociedad. También son compromisos en el sentido de que se espera que tengan cierta estabilidad en el tiempo. Violarlos equivaldría a una suerte de quiebre, a una violación de la confianza.

Tanto los derechos constitucionales como los compromisos constitutivos deben distinguirse de los intereses y derechos protegidos por las leyes y las políticas ordinarias. Por ejemplo, el béisbol de las Grandes Ligas tiene el derecho a estar exento de la ley antimonopolio, y cualquier medida para aplicar esa ley al béisbol profesional causaría un gran revuelo (y eso no excluye algunos aplausos). Sin embargo, tal iniciativa no contaría como una violación de algo fundamental.

Comparemos, por ejemplo, el derecho a afiliarse a un sindicato sin perder el empleo, un derecho creado durante la administración de Roosevelt. El Congreso podría abolirlo mañana porque la Constitución estadounidense no lo protege, pero este derecho está arraigado tan profundamente que su eliminación requeriría un cambio a gran escala en los juicios públicos, algo similar a una enmienda constitucional. Pensemos también en el derecho a vivir libre de discriminación racial por parte de empleadores privados, un derecho creado por la Ley de Derechos Civiles (Civil Rights Act) de 1964. Como la Constitución se aplica sólo al Estado, los empleadores privados son libres de discriminar a su gusto. Sin embargo, actualmente el derecho a vivir libre de discriminación racial privada es parte de los compromisos constitutivos de los Estados Unidos. Otro ejemplo, quizás el más simple, es el derecho de la seguridad social. La Constitución no lo menciona, y los funcionarios públicos tienen permitido discrepar sobre cómo acatarlo. De todos modos, está aceptado ampliamente que la nación está comprometida con el sistema de seguridad social en forma tal que proteja en especial las expectativas económicas de sus beneficiarios.

Louis Henkin, profesor de Derecho de la Universidad de Columbia, señala que: “Los Estados Unidos no son un Estado de bienestar por

obligación constitucional"; pero, con toda razón, agrega que el "sistema de bienestar social y otros derechos otorgados por la legislación (por ejemplo, las leyes contra la discriminación racial privada) están arraigados tan profundamente que tienen una solidez casi constitucional. […] Y los estadounidenses han comenzado a pensar y hablar de la seguridad social y otros beneficios como cuestiones de privilegio y derecho".[96]

Esta "solidez casi constitucional" y un sentido de privilegio y derecho eran lo que Roosevelt buscaba. "Ponemos esos impuestos sobre la nómina allí", explicaba, "para dar a los contribuyentes un derecho legal, moral y político a cobrar sus pensiones y beneficios de desempleo. Con esos impuestos allí, ningún maldito político podrá olvidar mi programa de seguridad social".[97]

Los estadounidenses son perfectamente capaces de distinguir entre los derechos y los privilegios. En 1991, se preguntó a una muestra de ciudadanos si determinados bienes eran "un privilegio que una persona debería ganarse" o "un derecho que tiene como ciudadano".[98] Por una marcada mayoría, los encuestados contestaron que la educación universitaria, un teléfono y un aumento salarial por año son privilegios, no derechos. Sin embargo, por una mayoría igualmente amplia, dijeron que eran derechos los siguientes: una vivienda adecuada, una cantidad razonable de tiempo de ocio, una provisión adecuada para los años de jubilación, un nivel de vida adecuado y una atención médica adecuada. Una notoria mayoría respaldó muchos de los puntos de la segunda Carta de Derechos. En 1990, se les preguntó a los estadounidenses si el gobierno "debería proporcionarle un empleo a cualquiera, según uno lo desee". Entre quienes expresaron su opinión, un abrumador 86% estuvo de acuerdo. En 1998, el 64% de los texanos concordó en que "el gobierno debería velar por que todos cuantos quieran trabajar puedan encontrar un empleo".

Los derechos constitucionales deberían considerarse un subconjunto de la categoría más amplia de compromisos constitutivos. Algunos de los compromisos constitutivos de una nación aparecen en su documento fundacional, pero muchos otros no. En cualquier caso, el conjunto de derechos constitucionales no es algo fijo en el tiempo. Si la nación se compromete con ciertos derechos, estos pueden

migrar a la misma Constitución. Consideremos la prohibición de la discriminación sexual. No hay nada en la Constitución que prohíba explícitamente la discriminación sexual, y es absurdo creer que quienes ratificaron la Carta de Derechos buscaban prohibir esa forma de discriminación. Sin embargo, ahora se entiende que la cláusula del debido proceso de la Quinta Enmienda prohíbe al gobierno tratar a las mujeres peor que a los hombres. Esta interpretación de la Constitución es producto de cambios en los compromisos constitutivos de la nación.

Al proponer la segunda Carta de Derechos, Roosevelt no estaba abogando por ningún cambio en la interpretación constitucional, sino por nuevos compromisos constitutivos. A partir de la experiencia de la nación en las primeras cuatro décadas del siglo, creyó que el público había aceptado un nuevo conjunto de principios, que ahora entendemos como derechos. En palabras de Charles Merriam, asesor de Roosevelt:

El hambre, las enfermedades, el desempleo, la inseguridad, las viviendas que parecen casetas de perros, las ventajas educativas, recreativas y culturales insuficientes, la división injusta de la producción; todos estos son males de nuestros tiempos, a los que a la larga no se les negará el remedio en el juicio común de la humanidad. Estas condiciones están mal, pero tienen sus derechos complementarios.[99]

Ese era el espíritu con que Roosevelt instó la segunda Carta de Derechos, no como una medida para alterar el documento fundacional, sino como una explicación concreta de lo que la nación comprendía que los ciudadanos debían esperar. Roosevelt quería que la segunda Carta de Derechos fuera una especie de prueba del cumplimiento de sus responsabilidades por parte de la nación. Como veremos más adelante, su esfuerzo recurre a un objetivo central de quienes redactaron la Carta de Derechos original.

Roosevelt difícilmente fue el primero en sugerir que las garantías sociales y económicas debían tener un estatus especial. En las

primeras décadas del siglo XX, la idea ya estaba en el aire. Por ejemplo, la Constitución alemana de 1919 otorgaba el derecho a una educación pública gratuita; también señalaba que cada ciudadano debía tener la oportunidad de trabajar y que, si no podía ofrecérsele esa posibilidad, había que proporcionarle lo necesario para satisfacer sus necesidades básicas. La Constitución de Islandia, ratificada en 1920, disponía que "todo aquel que no pueda mantenerse a sí mismo o a su familia […] tiene derecho a recibir ayuda de los fondos públicos", y continuaba garantizando la educación. La Constitución de España, ratificada en 1931, señalaba que la nación "procurará asegurar a todo trabajador las condiciones mínimas de una existencia digna" y que se dispondrá de legislación para "los casos de enfermedad, accidente, desempleo, vejez, invalidez y muerte" y también para proporcionar "vacaciones anuales pagas". La Constitución de Finlandia de 1919 y la Constitución de los Países Bajos de 1922 exigieron al gobierno que les proporcionara educación a todos; la última también establecía que "la asistencia a los pobres será un objeto de atención constante por parte del gobierno y será regulada por ley".

Sin embargo, llamativamente, algunas de estas disposiciones no hablaban en términos de derechos. Se referían a las responsabilidades y tareas del gobierno sin especificar que los ciudadanos tienen derecho a la protección de ciertos intereses. Además, no hay pruebas de que disposiciones de este tipo hayan tenido siquiera una mínima influencia en Roosevelt: los orígenes de la segunda Carta de Derechos y la concepción del progreso de la historia estadounidense se notan en la primera campaña para la presidencia. La idea de la seguridad tuvo un papel central, y el entonces candidato había empezado a verla en términos de derechos. A partir de esa campaña inicial, su idea sobre el tema mostró una notable continuidad en el tiempo.

Eleanor Roosevelt creía que a su esposo lo había afectado un pequeño incidente que había ocurrido cuando era joven. Un día, fue a buscarla a su trabajo de voluntariado en el asentamiento de la calle Rivington en la ciudad de Nueva York para llevarla a casa, y allí se cruzó con un niño muy enfermo, al que tomó en brazos y subió por varias escaleras hasta un departamento mal iluminado e insalubre. Aturdido por lo que vio, el futuro presidente declaró: "Si

alguna vez tengo la oportunidad de golpear a esa cosa, lo haré bien fuerte".[100] Cualesquiera que hayan sido las primeras influencias, la línea de desarrollo de la segunda Carta de Derechos atraviesa seis puntos cruciales: la propuesta inicial de "una declaración de derechos económicos" en el discurso de campaña en 1932; el énfasis en el "derecho al trabajo" y el "derecho a vivir" en el discurso en la Convención Nacional Demócrata en 1936; la identificación de la "libertad para vivir sin miseria" como una de las cuatro libertades en 1941; la Carta del Atlántico, firmada por Gran Bretaña y los Estados Unidos ese mismo año; la especificación de la segunda Carta de Derechos gracias a la intervención de una institución desconocida, la Junta Nacional de Recursos Públicos (National Public Resources Board, NPRB), a principios de la década de 1940; y la presentación de la segunda Carta de Derechos completa en el discurso del Estado de la Unión de 1944.

Roosevelt era un funcionario público, no un filósofo. Distaba de ser un pensador sistemático. Sobre él, el comunista León Trotsky dijo de manera despectiva, aunque astuta: "Su presidente aborrece los 'sistemas' y las 'generalidades'".[101] Joseph Alsop destacó eso mismo, con más clemencia: "Franklin D. Roosevelt no era un ideólogo, ni un teórico, ni un hombre intentando vender un evangelio. Si refutó un argumento porque 'es todo muy teórico', ese fue un rechazo terminante. No le gustaban los ideólogos, sin importar que fueran de derecha o de izquierda, y desconfiaba de ellos. Los resultados eran lo único que tenía en cuenta a la hora de considerar la acción política".[102] Sin rodeos, Frances Perkins escribió: "La idea de que el New Deal tenía una postura teórica preconcebida es ridícula".[103] Roosevelt respondía a los acontecimientos y a las necesidades percibidas; no buscaba injertar una teoría de gobierno al sistema gubernamental estadounidense. Sin embargo, desde su primera campaña para la presidencia, sin duda creía que era necesaria una nueva concepción de los derechos, una que surgiría de las injusticias conspicuas en el orden social existente.

En el camino hacia el armado de la segunda Carta de Derechos, Roosevelt hizo hincapié en que el gobierno no era un enemigo de la libertad ni del individualismo. Todos los derechos, incluido el derecho de propiedad, dependen del gobierno. Era necesario definir

los derechos de una manera que fuera mucho más allá del período fundacional y proporcionara una mejor protección para la libertad humana en las condiciones del momento. Sobre todo, la segunda Carta de Derechos surgió de una síntesis de la reforma del New Deal con una apreciación de la necesidad de desarrollar una versión de la democracia liberal que respondiera a las amenazas del fascismo y el comunismo. En los años treinta, Roosevelt hablaba, cada vez con más firmeza, de la necesidad de desarrollar una nueva concepción de la libertad con el mismo nivel de ambición que la creación de la Constitución. En la década de 1940, el espectro de la guerra puso la atención en los derechos humanos en general, lo que llevó a Roosevelt a destacar la "libertad para vivir sin temor" y la "libertad para vivir sin miseria", y argumentar que las dos estaban entrelazadas. La segunda Carta de Derechos surgió de la interacción entre el pensamiento detrás del New Deal y la necesidad percibida de desarrollar una nueva síntesis de los ideales estadounidenses.

Analicemos ahora las principales etapas del desarrollo de la segunda Carta de Derechos.

La nueva concepción de los derechos: "un orden constitucional económico"

Muchos de los temas de la segunda Carta de Derechos se establecieron por primera vez en ocasión de un discurso extraordinario ante el Commonwealth Club de San Francisco el 23 de septiembre de 1932.[104] Una porción importante de ese discurso fue escrita por Adolf Berle, profesor de Derecho de la Universidad de Columbia que durante gran parte de su vida académica se había preocupado por el papel de las corporaciones en la era moderna.

Para Berle, el poder corporativo representaba una amenaza seria para la democracia y el crecimiento económico.[105] Creía que las corporaciones estaban cada vez más cerca del estatus de monopolios y violentaban la antigua idea de la competencia libre y

abierta. Por lo tanto, Berle, junto con su coautor Gardiner Means, temía que el "ascenso de las corporaciones modernas ha provocado una concentración de poder económico capaz de competir en pie de igualdad con el Estado moderno: poder económico contra poder político, cada uno fuerte en su propio campo",[106] pero con las corporaciones cada vez más fuertes. De hecho, estas últimas amenazaban con reemplazar al Estado y convertirse en "la forma dominante de organización social". Por lo tanto, la ley de las corporaciones surgía como "una potencial ley constitucional para el nuevo Estado económico". Adam Smith había celebrado el sistema de competencia de unidades pequeñas y, al hacerlo, estaba en lo correcto. Pero esa postura resultaba cada vez más anacrónica, ya que unas pocas empresas grandes empezaron a dominar la competencia. Enfocado en este punto, Berle argumentaba a favor de nuevos mecanismos de control político, diseñados para reducir la creciente amenaza de la tiranía privada.

En distintas facetas, el discurso de Roosevelt sintetizaba el trabajo académico de Berle. También mostraba la influencia de The Promise of American Life, el ambicioso y muy leído libro de Herbert Croly.[107] Este autor destacaba lo que en su opinión eran los nuevos avances radicales en la economía estadounidense, suscitados por el surgimiento de la industrialización; abogaba por un nuevo tipo de planificación democrática para evitar que las corporaciones dominaran la vida económica y política. Sin embargo, en el discurso de Roosevelt en el Commonwealth Club hubo tres elementos que no provenían del trabajo de Berle ni de Croly. En primer lugar, mostraba un compromiso directo con el desempleo y su significado para los seres humanos, un compromiso que llevó a un nuevo énfasis en la centralidad de la seguridad. En segundo lugar, el discurso reflejaba un alto grado de optimismo, completamente característico de Roosevelt,[108] un optimismo que encontró su expresión en sus propias palabras tanto antes como después de la Gran Depresión. En tercer lugar, el discurso se refería, como Berle y Croly nunca antes habían hecho, a la necesidad de una nueva interpretación de los derechos. Debemos considerar el discurso del Commonwealth Club como una síntesis de las opiniones de Berle sobre la economía con la confianza de Roosevelt en el potencial de los Estados Unidos y (lo más importante) una nueva interpretación de los derechos, que se desprendía de la Gran Depresión.

Roosevelt llamó, primero, a una "redefinición de los derechos en términos de un orden social cambiante y creciente". Propuso explícitamente "desarrollar una declaración de derechos económicos, un orden constitucional económico", que reconociera que "todo hombre tiene derecho a vivir", lo cual implicaría "el derecho a llevar una vida cómoda". Una persona "puede, por pereza o inmoralidad, negarse a ejercer ese derecho; pero este no se le puede negar". Roosevelt se quejó de que en las condiciones del momento la igualdad de oportunidades se había convertido en un mito. Además, argumentó que la declaración de derechos económicos era necesaria para asegurar un sistema que fuera "seguro por más tiempo" y sostuvo que se necesitaba una nueva concepción del gobierno para promover los valores del individualismo estadounidense bien entendido.

Para empezar, Roosevelt ofreció una breve reseña de los orígenes del gobierno, que describió como un esfuerzo "para imponer la paz entre los barones gobernantes". Esta paz era para los individuos, sobre todo porque ayudaba a promover la seguridad. Por lo tanto, la "victoria del gobierno central, la creación de un gobierno central fuerte, era un lugar de refugio para el individuo", porque ese gobierno aseguraba un "amo alejado" en lugar de "la explotación y crueldad del amo más pequeño cerca". De esta manera, Roosevelt vinculó la existencia de un gobierno poderoso con la protección, considerando a las fuerzas públicas un aliado de la seguridad individual, no un enemigo. Pero en el nuevo sistema surgió "una sensación cada vez mayor de que el gobierno favorecía a unos pocos, que prosperaban exageradamente a costa de todos los demás". Se necesitaba "una fuerza limitante", una que proviniera de los controles populares del gobierno. "Las colonias estadounidenses nacieron en esta lucha", y la Revolución Norteamericana "fue un punto de inflexión en ella".

Sin embargo, el proceso para elaborar la Constitución había sido conflictivo. El gran problema se dio entre Alexander Hamilton, que temía el gobierno autónomo democrático, y Thomas Jefferson, que lo acogía. Entre quienes compartían su opinión, Hamilton era "el más brillante, honesto y capaz", y en la interpretación de Roosevelt, una especie de aristócrata y escéptico ante el público que aceptaba la idea de recibir orientación por parte de "un grupo pequeño de

ciudadanos capaces y solidarios", que supervisaría un gobierno central fuerte y enérgico. El adversario de Hamilton, Thomas Jefferson, era un amante de la libertad y los derechos de propiedad. Jefferson insistía en que, debido a las circunstancias únicas de los Estados Unidos, "no tenemos indigentes". En nuestra nación, los trabajadores podían tener bienes, cultivar tierras y "alimentarse con abundancia, vestirse por encima de la mera decencia, trabajar en forma razonable y criar a sus familias". A diferencia de Hamilton, Jefferson era escéptico ante un gobierno nacional poderoso. De todos modos, según Roosevelt, "incluso Jefferson se dio cuenta de que el ejercicio de los derechos de propiedad podría interferir con el derecho del individuo de que el gobierno, sin cuya ayuda los derechos de propiedad no existirían, debe intervenir, no para destruir el individualismo, sino para protegerlo". Aquí, pues, se encuentra el énfasis inicial de Roosevelt en el mito del laissez-faire, en la necesidad de que el gobierno garantice que los derechos de propiedad existen antes que nada. Aquí también se sugiere que si el individualismo es el objetivo, la interferencia gubernamental en los derechos de propiedad tal vez sea necesaria para lograrlo, una sugerencia que tuvo un papel central en el New Deal.

Para Roosevelt, Hamilton fue la base del Partido Republicano, y Jefferson, la del Partido Demócrata. En las elecciones de 1800, ganó Jefferson, y durante aproximadamente medio siglo, se mantuvo el individualismo, según sus principios, como "el gran lema de la vida estadounidense". Todos los que querían trabajar tenían la oportunidad de hacerlo; se garantizaba el derecho al trabajo, y por lo tanto el derecho a vivir, en la práctica, si no en la teoría. Dado que los Estados Unidos no tenían "indigentes", la nación estaba constituida en su mayor parte por trabajadores capaces de "poseer bienes". Por lo tanto, la propiedad privada estaba muy distribuida; la mayoría de las personas tenían algunos bienes. (La esclavitud, por supuesto, brilla por su ausencia aquí.) En nuestra economía principalmente agrícola, "el hambre y el desamparo eran casi imposibles". La libertad y la igualdad estaban garantizadas por los derechos "que implican la adquisición y posesión de bienes", junto con la asignación de tierras y la libertad de vivir por "los propios medios". Y con abundantes recursos naturales, la nación podía brindar asistencia a su pueblo y a muchos inmigrantes de todo el mundo. "Las mejores condiciones económicas posibles hicieron de

ese un día largo y espléndido", sobre todo porque "en la frontera occidental, la tierra era esencialmente libre".

Sin embargo, a mediados del siglo XIX, la situación cambió en forma radical. La Revolución Industrial creó un nuevo tipo de economía en la que los poderosos financieros privados –los "titanes financieros", en palabras de Roosevelt– pasaron a primer plano. No lo hicieron naturalmente, sino con ayuda del gobierno. "Los ferrocarriles recibieron subsidios, a veces concesiones de dinero, pero más a menudo concesiones de tierras; se concedieron algunas de las tierras petrolíferas más valiosas de los Estados Unidos para fomentar el crecimiento financiero del ferrocarril que se abría camino en el sudoeste".

Para Roosevelt, todas estas medidas de asistencia socavaban el supuesto compromiso con la no interferencia gubernamental. Las objeciones al gobierno en cuanto tal se habían vuelto meramente estratégicas. "El mismo hombre que nos dice que no quiere que el gobierno interfiera en los negocios […] es el primero en ir a Washington". Pero había un problema aún más grave. A fines del siglo XX, surgió un nuevo peligro. Las grandes corporaciones, al igual que los viejos barones feudales, "podían poner en riesgo la libertad económica de los individuos para ganarse la vida". De ahí que Theodore Roosevelt intentara romper el poder corporativo con leyes antimonopolio. Para Franklin Roosevelt, esta medida se había vuelto inadecuada y, haciendo eco de Berle directamente, afirmó que no se podía "retroceder en el tiempo para destruir las grandes combinaciones y volver a la época en que cada hombre era dueño de su pequeño negocio individual".

En esta etapa, Roosevelt propuso su argumento afirmativo. En el período actual, "la igualdad de oportunidades como la conocemos ya no existe". La nación carecía de "una válvula de seguridad". El aumento de los impuestos había reducido la producción y había generado desempleo. La era moderna "exige una revaluación de los valores"; se necesitaba "desarrollar una declaración de derechos económicos, un orden constitucional económico". El poder económico privado tendría que ser considerado como tener un fideicomiso público. Aquí Roosevelt destacó dos derechos que serían centrales para el nuevo sistema. El primero era el "derecho a

la vida", que también implica "el derecho a llevar una vida cómoda". De ello se desprendía que el gobierno "debe a todos un medio para poseer suficiente para sus necesidades, a través de su propio trabajo". El segundo era el derecho de propiedad, "que implica un derecho a estar confiado, en la mayor medida posible", de la seguridad de los ahorros. Esta seguridad era necesaria para garantizar a todos que podían atravesar situaciones que "no ofrecen ninguna oportunidad de trabajo: la niñez, la enfermedad, la edad avanzada". Roosevelt describió estos derechos para que respondieran específicamente a los problemas financieros de la Gran Depresión y señaló el camino hacia una mayor participación del gobierno en el aumento del empleo y la regulación de las industrias bancaria y de los corredores. Es un paso pequeño de sus demandas sobre el empleo y la propiedad a la creación de programas públicos de empleo y el seguro federal de depósito.

La campaña inicial de Roosevelt ofreció una amplia gama de demandas y argumentos, y el discurso del Commonwealth Club capturó sólo una parte de ellos; sería un error decir que su campaña estaba organizada o unificada por el argumento allí ofrecido. Sin embargo, otros temas, que implicaban la necesidad de una nueva concepción de los derechos, se repitieron en sus discursos de campaña de 1932. El 22 de mayo, afirmó que "está dentro de la capacidad inventiva del hombre, que ha construido esta gran máquina social y económica capaz de satisfacer los deseos de todos, asegurar que todos aquellos que están dispuestos y en condiciones de trabajar reciban del trabajo por lo menos las necesidades básicas".[109] Al aceptar la nominación demócrata el 2 de julio de ese mismo año, preguntó:

¿Qué quiere el pueblo estadounidense más que cualquier otra cosa? En mi opinión, quiere dos cosas: trabajo, con todos los valores morales y espirituales que conlleva; y con el trabajo, un grado razonable de seguridad, para sí mismos y para sus esposas e hijos.Trabajo y seguridad; no son sólo palabras. Son más que datos. Son los valores espirituales, el verdadero objetivo hacia el que debemos dirigir nuestros esfuerzos de reconstrucción. [110]

Posteriormente, la idea de seguridad definió los objetivos de su presidencia.

En ese mismo discurso, Roosevelt intentó descartar la idea de que la pobreza y el sufrimiento eran producto de "las leyes" más que de decisiones humanas. En su explicación, la privación social provenía de las leyes humanas, no de la naturaleza:

Nuestros líderes republicanos nos dicen que las leyes económicas –sagradas, inviolables e inalterables– provocan pánicos que nadie podría impedir. Pero mientras parlotean sobre las leyes económicas, hay hombres y mujeres muriendo de hambre. Debemos tener en cuenta el hecho de que las leyes económicas no están hechas por la naturaleza, sino por los seres humanos.

El 13 de octubre, fue aún más lejos: "Estoy seguro de que la sociedad moderna, por intermedio de su gobierno, tiene la obligación definitiva de evitar el hambre o las necesidades urgentes de todos los hombres y mujeres que intentan mantenerse, pero no lo logran".[111]

Muchos de sus programas de 1933 fueron esfuerzos para cumplir con esa obligación. En 1934, anunció la creación de la Comisión de Seguridad Económica (Committee on Economic Security, CES), que sería responsable del primer borrador de la Ley de Seguridad Social de 1935. En ese anuncio, se refirió a "la Constitución de bienestar general" y subrayó que los nuevos derechos sociales debían complementar los "antiguos y sagrados derechos posesivos" de la propiedad. En la era moderna, Roosevelt sostuvo que se necesitaban nuevas obligaciones gubernamentales para asegurar "una recuperación" del significado de lo antiguo. Una vez más, surgió la idea de la seguridad:

Si, tal como lo indica nuestra Constitución, nuestro gobierno federal se estableció entre otras cosas, "para promover el bienestar

general", es nuestro deber mantener esa seguridad de la que depende el bienestar. […] La seguridad del hogar, la seguridad de los medios de subsistencia y la seguridad de la cobertura social son, me parece, lo mínimo […] que podemos prometerle al pueblo estadounidense. Constituyen un derecho que les pertenece a cada individuo y a cada familia dispuesta a trabajar.[112]

En 1935 y 1936, varios miembros del Congreso fueron aún más lejos al mostrar gran interés en enmendar la Constitución para incluir garantías sociales y económicas. Un congresista sugirió que "ha llegado el momento de ampliar la Carta de Derechos para incluir garantías como 'el derecho a un trabajo honrado', un 'estándar mínimo de horas de trabajo, salarios y competencia leal' en todas las industrias, y cosas por el estilo".[113] Otro sugirió que se necesitaba una enmienda para que el país estipulara "inequívocamente el derecho del pueblo a tener tanto una democracia industrial como una democracia política".[114] Roosevelt nunca adoptó ese enfoque; no mostró interés alguno en enmiendas constitucionales explícitas en este sentido. Sin embargo, siguió haciendo hincapié en el tema de la seguridad. En plena campaña, en 1936, preguntó: "¿Qué esperábamos en 1932? Por sobre todas las cosas, el pueblo estadounidense quería la paz". Con eso se refería a "tranquilidad en lugar de miedo constante". Por eso, la gente "buscó escapar del terror personal que los había perseguido durante tres años. Querían la paz que proviene de la seguridad en sus hogares: seguridad de sus ahorros, permanencia en sus empleos, ganancias justas a partir de sus empresas". Podemos ver a un precursor de la segunda Carta de Derechos incluso aquí.

El "derecho al trabajo" y el "derecho a vivir"

Una declaración más ambiciosa sobre los derechos consta en el gran discurso que Roosevelt pronunció ante la Convención Nacional Demócrata el 27 de junio de 1936 en Filadelfia, el paso más significativo hacia la segunda Carta de Derechos después del

discurso del Commonwealth Club, que se basa directamente en ese discurso anterior. Pero donde el discurso de 1932 mostraba la mano de alguna manera académica de Berle, su sucesor de 1936 tenía el espíritu distintivo de Roosevelt, más la claridad y la simplicidad que le eran características.

En sus escritos, el título del discurso proviene de la conclusión: "Estamos luchando para salvar una forma de gobierno preciada y grandiosa para nosotros y el mundo".[115] Era un discurso de campaña, y Roosevelt disfrutó la oportunidad de pronunciarlo. El año anterior, había estado convencido de la victoria, al decirle a su gabinete: "Ganaremos fácilmente el año que viene, pero vamos a transformarlo en una cruzada".[116] Herbert Hoover, antiguo enemigo acérrimo de Roosevelt, casualmente había hablado en esos mismos términos: "Durante un año y medio, he liderado una cruzada vital para que el pueblo estadounidense vuelva a generar la libertad real e individual en los Estados Unidos. La elección del gobernador Landon es el siguiente paso para lograr ese propósito".[117]

En pleno fragor de las cruzadas, la economía nacional había mejorado significativamente. Bajo el New Deal, se habían creado seis millones de nuevos puestos de trabajo y el desempleo había caído en cuatro millones, una baja de casi la mitad. La producción industrial casi se había duplicado, con miles de millones de dólares en mayores ingresos para los agricultores;[118] los precios de las acciones y las nóminas en la manufactura también se habían duplicado. La renta nacional había aumentado notablemente a US $64.700.000.000 en 1936, con un incremento de más del 50% de los US$39.600.000.000 de 1933.[119] Las ganancias corporativas aumentaron a US$5.000.000, después de haber caído a menos de US$2.000.000 en 1933, y desde ese año los precios de las acciones casi se habían duplicado. Detrás de estos números había un cambio enorme en el estado de ánimo nacional, que marcaba un movimiento en la dirección que Roosevelt había trazado en su campaña de 1932. Arthur Schlesinger Jr. escribió:

La antigua sumisión del empleado al empleador, del acreedor hipotecario al prestamista hipotecario, del agricultor al transportista

y al intermediario, del arrendatario al arrendador tal vez mantuvo su forma esencial, pero las leyes y el espíritu del New Deal habían infundido en estas relaciones algo de la igualdad y dignidad que marcaba el viejo sueño estadounidense.[120]

A pesar de estos éxitos, a principios de 1936 Roosevelt estaba muy dividido entre dos posibles estrategias de campaña. Una alternativa era ser defensivo en esencia: apoyarse en sus logros, proponer pocas cosas nuevas y resolver las diferencias con sus adversarios, en particular con la comunidad empresarial. Era una opción bastante atractiva. Roosevelt era objeto de intensas críticas por parte de la prensa y grupos empresariales, que sostenían que estaba comprometiendo los valores nacionales e incluso la libertad misma. Una campaña por la unidad nacional era una idea tentadora. La segunda posibilidad era montar una cruzada genuina: prometer que se continuarían y ampliarían las iniciativas del New Deal, argumentando que estaba en marcha algo espectacular y verdaderamente nuevo. En la decisión, Roosevelt se enfrentó a algunos acontecimientos políticos imprevistos. Había esperado que Hoover fuera su oponente, en parte porque lo creía el único republicano con "convicciones sólidas y la inteligencia para ofrecer una alternativa al New Deal".[121] En un enfrentamiento con Hoover, las elecciones iban a ser un referéndum inequívoco sobre el programa de seguridad y empleo de Roosevelt. Sin embargo, los republicanos se decidieron por Alf M. Landon, un empresario dispuesto a seguir un programa cauteloso y controlado –un precursor, por así decir, del "conservadurismo compasivo"–. Al mismo tiempo, se rumoreaba que los demócratas anti-New Deal estaban preparando su propio ataque desde la derecha, tal vez como parte de un tercer partido. Las fuerzas de izquierda estaban estableciendo un partido propio. En junio, la popularidad de Roosevelt estaba cayendo.[122]

Por alguna razón, Roosevelt optó por una cruzada. Su papel fue crucial en una plataforma de partido inusualmente audaz. Insatisfecho con el primer borrador, dijo: "Me gustaría que este año la plataforma fuera lo más breve posible y […] me gustaría que se basara en la siguiente frase de la Declaración de Independencia:

‘Sostenemos como evidentes en sí mismas estas verdades’”.[123] Por eso, la plataforma comenzó de la siguiente manera:

Sostenemos como evidente en sí misma esta verdad; que en una civilización moderna el gobierno tiene determinadas obligaciones ineludibles con sus ciudadanos, entre las cuales se cuentan: 1) la protección de la familia y el hogar; 2) el afianzamiento de una democracia de oportunidades para todo el pueblo; 3) la asistencia a aquellos afectados por un desastre.

Roosevelt pronunció su discurso de aceptación en el campo Franklin de Filadelfia, frente a más de cien mil asistentes. Enseguida quedó claro para todos que esa no sería una campaña defensiva.

Para empezar, Roosevelt expresó claramente la naturaleza crucial de la ocasión, haciendo una analogía con la Revolución Norteamericana misma: “El ajetreo de la civilización moderna nos ha planteado nuevas dificultades, nuevos problemas que hay que resolver si queremos preservar en los Estados Unidos la libertad política y económica que Washington y Jefferson planearon y por la que lucharon”. Continuó diciendo que “Filadelfia es una buena ciudad para escribir la historia estadounidense” y se comprometió a “restituir al pueblo una mayor libertad; a darle a 1936, tal como los fundadores dieron a 1776, un estilo de vida estadounidense”. Estas eran observaciones de alguien que buscaba un cambio más profundo. Roosevelt ofreció una comparación explícita entre la Revolución Norteamericana y la respuesta a la crisis de la Gran Depresión, al sugerir que las dos tenían una importancia similar. En cierto modo –sugirió–, estaba completando la Revolución misma. Entonces, reiteró el tema del discurso del Commonwealth Club, pero haciendo énfasis en el sentido en que el New Deal era una especie de renovación constitucional.

El propósito de la Revolución de 1776 había sido “liberarse de la tiranía de la autocracia política, de los legitimistas del siglo XVIII que recibían privilegios especiales de la corona”, y su objetivo, poner “el negocio de gobernar en manos del hombre promedio, que

se ganó el derecho, junto con sus vecinos, de hacer y ordenar su propio destino con su propio gobierno". Por lo tanto, "la Revolución Norteamericana se peleó para liberarse de la tiranía de la autocracia política". Con la victoria, "se había eliminado la tiranía política el 4 de julio de 1776 en Filadelfia". Pero un nuevo desafío había surgido en la forma de poderes económicos que "buscaban reglamentar al pueblo, su trabajo y sus bienes". Con la Revolución Industrial, "los legitimistas económicos forjaron nuevas dinastías". (Este había sido el tema de Berle en sus trabajos académicos.) Una "nueva dictadura industrial" había concentrado "en sus propias manos el control casi completo del dinero de los demás, el trabajo de los demás, la vida de los demás". Y aquí Roosevelt fue mucho más allá que Berle, al instar que "como resultado, el hombre promedio hacía frente una vez más al problema que enfrentaba el minute man".[124] Debido al nuevo control, "la igualdad política que habíamos ganado no tenía sentido frente a la desigualdad económica". Los nuevos "legitimistas" y "déspotas" habían "buscado controlar el gobierno en sí". Incluso habían puesto su autoridad "bajo las ropas de la sanción legal", claro recordatorio de Roosevelt de que las leyes, y no la naturaleza, estaban detrás del orden económico.

El resultado fue una interferencia con la libertad en sí, ya que "los hombres necesitados no son hombres libres". La libertad no sólo requiere protección de la interferencia gubernamental, sino también una "oportunidad de ganarse la vida, una vida digna de acuerdo con los niveles de vida del momento, una vida que dé al hombre no sólo lo suficiente para vivir, sino algo por qué vivir". Como resultado del desequilibrio radical del poder económico, muchas personas descubrieron que "vivir ya no era gratuito" y la libertad "ya no era real". Los defensores de ese poder, los "legitimistas del orden económico", habían "concedido que el gobierno podía proteger al ciudadano en su derecho al voto, pero negaban que pudiese hacer algo para proteger su derecho al trabajo y su derecho a vivir". La respuesta de Roosevelt fue simple: "Hoy estamos comprometidos con la proposición de que la libertad no es algo para tomar a la ligera".

Ese compromiso requería una "lucha por la libertad en una civilización moderna". Así, la nación se comprometería a eliminar "de cada rincón de la vida estadounidense el temor de los

desempleados de que en este mundo no se los necesita". Ese compromiso necesitaba medidas gubernamentales:

Los gobiernos se equivocan, los presidentes cometen errores, pero el inmortal Dante nos dice que la justicia divina pesa los pecados de los de sangre fría y los pecados de los bondadosos en diferentes balanzas. Más vale tener defectos ocasionales de un gobierno que vive con un espíritu de caridad que tener omisiones constantes de un gobierno congelado en el hielo de su propia indiferencia.

Harold Ickes, asesor de Roosevelt, describió este discurso como "el mejor discurso político que he escuchado",[125] una declaración que reflejó el sentimiento de la mayoría de los allí presentes. En esta etapa temprana, Roosevelt ofreció el fundamento esencial de la petición para una segunda declaración de derechos. Nótese el contraste incómodo entre la Revolución original y las necesidades contemporáneas, y la sugerencia de que la libertad para vivir en dignidad, y no en situaciones desesperadas, es un complemento necesario para la libertad política. El discurso de 1936 se refiere explícitamente a un "derecho al trabajo" y a un "derecho a vivir". Roosevelt aún no había sugerido que estos derechos podían trasladarse a una carta de derechos real que pudiera coexistir con la original.

He hecho hincapié en que el New Deal era altamente experimental y pragmático, y no estaba organizado según ninguna teoría clara. Sin embargo, el 1º de noviembre de 1937, Roosevelt comentó sus objetivos y dijo que "fueron, han sido y siguen siendo":[126]

Una oportunidad para que los hombres y las mujeres trabajen en la industria con salarios decentes y una cantidad razonable de horas, o se dediquen a la agricultura por una remuneración digna.

Una oportunidad para una recreación adecuada, una mejor vivienda y mejor salud.

Una oportunidad para obtener beneficios razonables en los negocios protegidos contra los monopolios y la competencia desleal, pero organizados para ofrecer precios justos al público consumidor.

Planificación y uso de los recursos naturales para el beneficio de los hombres y las mujeres promedio.

Seguridad contra las dificultades de la edad avanzada.

Seguridad contra el desempleo imprevisto o estacional.

Seguridad contra los viejos y nuevos tipos de delincuentes.

Seguridad contra la guerra.

Esta lista de objetivos no se formuló en términos de derechos, pero con un poco de esfuerzo resultaría fácil de traducir a esos términos. Hizo falta una amenaza externa para que Roosevelt diera ese paso.

La libertad para vivir sin miseria

Luego de 1937, la agenda interna de Roosevelt encontró

dificultades en un Congreso cada vez más conservador. Los esfuerzos para llevar a cabo el New Deal se estancaron, y Roosevelt reorientó su energía personal a la amenaza que venía del exterior. Aunque tal amenaza desvió la atención de la nueva concepción de los derechos que proponía el New Deal, en última instancia desempeñó un papel crucial en el desarrollo de la segunda Carta de Derechos, al forzar a Roosevelt a hacer que su declaración algo vaga fuera más internacional, más ambiciosa y más específica.

Los acontecimientos iniciales llegaron con dos conferencias de prensa, el 5 de junio y el 5 de julio de 1940.[127] Entonces la mirada de Roosevelt estaba centrada en la guerra en Europa y el surgimiento del fascismo. El 5 de junio, con la amenaza de la guerra, se refirió brevemente a "cuatro temores" y su objetivo de eliminarlos. Estos incluían el temor de no poder venerar a Dios como se desea, el temor de no poder expresarse o disentir, el temor a los conflictos armados y el temor a no poder tener relaciones sociales y económicas normales con otras naciones.

El 5 de julio, habló con mucha más ambición. Cuando le preguntaron sobre sus "objetivos de paz en el largo plazo", Roosevelt lanzó una serie, extensa y aparentemente extemporánea, de observaciones, en las que comparó el sistema estadounidense con "ciertos sistemas nuevos de gobierno", en particular en Italia, Rusia y Alemania. Estaba preocupado por la idea de la "eficiencia" gubernamental. Hizo hincapié en que "los estadounidenses fueron los primeros en buscar y establecer" algunos principios fundamentales en el gobierno, arraigados en un compromiso con los derechos individuales y tres poderes en el gobierno en lugar de uno. Sostuvo que el nuevo sistema, que llamó "el Estado corporativo", era "extremadamente eficiente", en parte porque abolía los poderes Legislativo y Judicial. Roosevelt no podía pasar por alto tal eficiencia, ya que la legislatura solía obstaculizar sus acciones. Con evidente pesar, notó que gran cantidad de ciudadanos parecían dispuestos a considerar el Estado corporativo para los Estados Unidos. Roosevelt estaba hablando en un contexto en que el fascismo resultaba atractivo para muchos estadounidenses, y se había publicado un conocido libro titulado The Coming American Fascism.[128] Ese libro no fue concebido como una advertencia, sino como una celebración del mejor sistema por venir, y su autor

afirmaba que su argumento “está dirigido a los reflexivos que no les temen a los términos y conceptos nuevos y poco populares”.

Luego de referirse a la eficiencia de otras formas de gobierno, Roosevelt pasó abruptamente a describir “algunas libertades”. Llamó a la primera “libertad de la información”, y esta intentaba ser más amplia que la “libertad de prensa”. Todos los habitantes del país debían poder “recibir noticias de lo que está sucediendo en cada parte del país y en todo el mundo sin censura y gracias a diversos medios de comunicación”. Este énfasis en la “libertad de la información” fue escalofriantemente profético. La misma idea básica es el nombre de una de las reformas estadounidenses más importantes de la década de 1970: la Ley por la Libertad de la Información (Freedom of Information Act), que va mucho más allá de la libertad de expresión para permitir el acceso a la información que está en manos del gobierno. Por supuesto que ningún lector contemporáneo puede considerar la explicación de Roosevelt sin pensar en internet. Roosevelt sostenía que la libertad de la información está estrechamente relacionada con la paz porque la estabilidad internacional depende de ella. La segunda libertad era la libertad de religión, el derecho a venerar a quien uno elige. La tercera era la libertad de expresión, entendida como el derecho a decir lo que uno quiere “siempre y cuando no abogue por el derrocamiento del gobierno”. Y la cuarta era la “libertad para vivir sin temor, para que la gente no tema ser bombardeada desde el aire o atacada, de una forma u otra, por otra nación”. Esta libertad exigía “la eliminación de las armas que causan miedo; en otras palabras, el desarme”. Roosevelt señaló el contraste entre un gobierno que respetaba esas libertades y un gobierno que “eliminó esas cuatro libertades para ser más eficiente”.

En ese momento, hubo una pregunta de un periodista, el señor Harkness: “Tenía una quinta en mente que podría describirse como ‘libertad para vivir sin miseria’; ¿el libre comercio, la apertura del comercio?”. Esta pregunta iba en el sentido del énfasis de Roosevelt, de larga data, en la importancia del libre comercio para el empleo y una economía en expansión. Roosevelt respondió con entusiasmo: “Sí, es cierto. La tenía en mente, pero la olvidé”. Luego repitió la frase “libertad para vivir sin miseria” y la definió como “la eliminación de las barreras culturales entre las naciones, primero

las culturales y luego las comerciales", pero no explicó la conexión entre esa libertad en particular y la eliminación de esas barreras. No quedó para nada claro qué se suponía que incluía la "libertad para vivir sin miseria".

Con esta conferencia de prensa, se preparó el escenario para la presentación de las cuatro libertades de Roosevelt,[129] el siguiente gran paso hacia la segunda Carta de Derechos, pronunciada como discurso del Estado de la Unión el 6 de enero de 1941. Gran parte del discurso estuvo dedicado a las relaciones internacionales, con un sostenido ataque al aislacionismo. El resultado del argumento de Roosevelt fue que "el futuro y la seguridad de nuestro país y de nuestra democracia están relacionados de manera abrumadora con acontecimientos que ocurren más allá de nuestras fronteras". Por lo tanto, instó a un fuerte compromiso con la defensa nacional. En particular, buscaba el permiso para enviar ayuda a Inglaterra y a otros países que luchaban para sobrevivir contra Alemania, Italia y Japón. "Digámosles a las democracias: nosotros, los estadounidenses, nos preocupamos vitalmente por su defensa de la libertad". Más aún, agregó que el compromiso estadounidense debía basarse en la comprensión de las "cosas por las cuales vale la pena luchar". Llamativamente, nunca mencionó los derechos; en cambio, identificó "los cimientos de una democracia sana y fuerte", instando a que incluyeran "lo básico que nuestro pueblo espera de sus sistemas políticos y económicos":

Igualdad de oportunidades para los jóvenes y otros.

Empleo para aquellos en condiciones de trabajar.

Seguridad para quienes la necesitan.

El fin del privilegio especial para unos pocos.

La preservación de las libertades civiles para todos.

El goce de los frutos del progreso científico en un nivel de vida más amplio y cada vez más alto.

Para promover estos objetivos, Roosevelt abogó por un conjunto de iniciativas de políticas internas basadas en el New Deal mismo. Sostuvo que la nación "debería incluir a más ciudadanos bajo la cobertura de las pensiones por edad avanzada y el seguro de desempleo"; "debería ampliar las oportunidades de una atención médica adecuada" y "debería planificar un mejor sistema por el cual las personas que merecen o necesitan empleos remunerados puedan obtenerlo". Todo esto fue sorprendente e importante, una iniciativa en medio de la amenaza de guerra, para proponer una nueva y audaz serie de reformas internas. Sin embargo, lo que hizo que el discurso fuera memorable fue la peroración de cierre de Roosevelt, en la que se refirió al futuro "que buscamos hacer seguro" mientras "anhelamos un mundo basado en cuatro libertades esenciales para el ser humano":

La primera es la libertad de palabra y expresión, en cualquier lugar del mundo.

La segunda es la libertad de cada persona de venerar a Dios a su manera, en cualquier lugar del mundo.

La tercera es la libertad para vivir sin miseria, que, traducida a términos mundanos, implica acuerdos económicos que aseguren a todas las naciones una vida saludable y en paz para todos sus habitantes, en cualquier lugar del mundo.

La cuarta es la libertad para vivir sin temor, que, traducida a

términos mundanos, implica una reducción a escala mundial del armamento a tal punto y de manera tan profunda que ninguna nación esté en condiciones de cometer un acto de agresión física contra ningún vecino, en ningún lugar del mundo.

Esto –insistió Roosevelt– "no es una visión para un milenio distante. Es una base definitiva para un tipo de mundo alcanzable en nuestro propio tiempo y generación". Lo contrastó con "el llamado nuevo orden de la tiranía que los dictadores buscan crear con el estallido de una bomba". Reconoció que estaba pidiendo algo nuevo, no sólo tratando de recuperar el pasado. Pero eso no lo avergonzó, así que, al igual que en sus discursos de 1932 y 1936, sugirió que estaba en marcha una suerte de revolución:

Desde el comienzo de nuestra historia estadounidense, nos hemos comprometido con el cambio, con una revolución pacífica perpetua, una revolución que se desarrolla de manera constante y se adapta silenciosamente a las condiciones cambiantes, sin campos de concentración ni cal viva en zanjas.

El discurso de las cuatro libertades debía todo, personalmente, a Eleanor Roosevelt y al presidente. Ella había estado leyendo un nuevo libro, And Beacons Burn Again, que argumentaba que Inglaterra, en guerra con Alemania, sería salvada por los trabajadores, los mineros y los habitantes de los barrios marginales, y no por los ricos. En su columna sobre el día de Año Nuevo, Eleanor Roosevelt escribió: "Justicia para todos, seguridad en algunos niveles de vida, el reconocimiento de la dignidad y el derecho de un ser humano individual, independientemente de su raza, credo o color; estas son las cosas por las que muchos de nuestros ciudadanos están dispuestos a sacrificarse".[130] Su amiga Trude Pratt Lash afirmó que "Eleanor siempre estaba hablando sobre cómo sería el mundo después de la guerra, y al final sus ideas se enraizaron en el pedido de las cuatro libertades del presidente en su discurso del Estado de la Unión".[131]

La declaración de Lash probablemente sea una exageración, pero la historia de la redacción no se contradice con su relato. La idea misma de cuatro libertades no estaba en la primera versión del discurso, que terminaba de una manera algo aburrida. En varias ocasiones, Roosevelt pidió a sus redactores de discursos que pensaran en algo más ingenioso y más llamativo, pero poco surgió de sus esfuerzos. Mientras seguían los debates en la Casa Blanca, Roosevelt anunció a la pequeña asamblea que tenía una idea para la peroración. En palabras de Samuel Rosenman, uno de los redactores de discursos del presidente: "Esperamos mientras se recostaba en su silla giratoria con la mirada fija en el techo. Fue una pausa larga, tan larga que se hizo incómoda".[132] Y luego Roosevelt dictó el pasaje de las cuatro libertades en forma prácticamente definitiva. En el relato de Rosenman, las palabras, en esencia idénticas a las que pronunció en el discurso, "parecían salir de su boca con total naturalidad".

Esas palabras resultaron controvertidas para los propios miembros del equipo del presidente. En su conclusión, Harry Hopkins, el principal asesor de Roosevelt, expresó serias dudas respecto de la frase "en cualquier lugar del mundo". "Eso abarca un gran territorio, señor Presidente. No sé qué tan interesados podrán estar los estadounidenses en la gente de Java". Roosevelt respondió: "Me temo que algún día tendrán que estarlo, Harry. El mundo se está volviendo tan pequeño que incluso los habitantes de Java son nuestros vecinos ahora". En el debate resultante, Hopkins coincidió con Roosevelt, pero se preguntó qué pensaría el público del enfoque internacional. En todo caso, la frase "en cualquier lugar del mundo" se mantuvo y se repitió para cada libertad.

Debería ser obvio que los objetivos de Roosevelt para una democracia son precursores de la segunda Carta de Derechos. La lista en sí tuvo un origen fascinante que muestra mucho sobre las metas de Roosevelt en ese período. En el relato de Rosenman, Roosevelt quiso hacer hincapié en que "estábamos luchando por una democracia tanto económica como política".[133] Lo que Rosenman llamó una "recapitulación renovada del New Deal"[134] provino de dos elementos del archivo para el mensaje anual de Roosevelt. Uno de ellos era un editorial publicado en el New York Post del 26 de diciembre de 1940, que citaba cinco propuestas

hechas conjuntamente por los líderes de los católicos romanos y los protestantes en Inglaterra. Estas propuestas buscaban un programa de largo plazo para eliminar el miedo, la desconfianza y el odio, al incluir educación para todos y la abolición de las desigualdades extremas en la riqueza. El segundo elemento era una carta del 27 de septiembre de 1940 de Harold Ickes, asesor de Roosevelt, haciendo referencia a un libro titulado All Out, de Samuel Grafton. Citaba un pasaje específico: “En septiembre de 1940, las mejores secciones de la prensa inglesa comenzaron a debatir la necesidad de una ‘carta de derechos económicos’, para derrotar para siempre al hitlerismo en el mundo al establecer ‘estándares mínimos de vivienda, alimento, educación y atención médica’, junto con la libertad de expresión, la libertad de prensa y la libertad de cultos”.

Aquí hay una fuente de inspiración clara para la idea de la libertad para vivir sin miseria. El objetivo de derrotar “para siempre al hitlerismo en el mundo” era una parte integral de la insistencia en esa forma de libertad. Por lo tanto, Roosevelt vinculaba la reforma del New Deal con la lucha contra el fascismo.

La Carta del Atlántico

Al discurso de las “cuatro libertades” le siguió muy pronto la Carta del Atlántico, emitida el 14 de agosto de 1941. Esta fue el resultado de una reunión notable entre Roosevelt y Winston Churchill, a quien Roosevelt había conocido durante la Primera Guerra Mundial como subsecretario de la Armada. Roosevelt sugirió la reunión de 1941 como respuesta a la intensificación de la guerra. Uno de los principales objetivos que tenía era establecer los principios y las aspiraciones para guiar las políticas de los Aliados durante y después del conflicto.[135] La reunión tuvo lugar del 9 al 12 de agosto en dos buques, el acorazado británico Prince of Wales y el crucero estadounidense Augusta, en el mar cerca de Argentia, en Terranova. Este primer encuentro entre Roosevelt y Churchill como líderes nacionales marcó el comienzo de una relación extraordinariamente cercana. Churchill abordó el Augusta el 9 de

agosto mientras la banda militar interpretaba “God Save the King”. Roosevelt se quedó sentado y quieto un rato y luego sonrió radiante. “Nunca antes vi una sonrisa así”,[136] informó luego uno de los asesores de Churchill.

Roosevelt y Churchill coincidieron en que la Carta del Atlántico capturaría los principios por los que se estaba librando la guerra europea. Comenzaba con una observación de algunos principios “que son comunes a la política nacional” de Inglaterra y los Estados Unidos “sobre los cuales fundan sus esperanzas en un futuro mejor para el mundo”. Estos principios incluían la libertad política y la autodeterminación, “el derecho que tienen todos los pueblos de escoger la forma de gobierno bajo la cual quieren vivir”, y abarcaban los derechos soberanos y el autogobierno. La carta no hablaba de los derechos individuales, pero revela la fuerte influencia del discurso de las cuatro libertades. La cláusula 5 reconoce que las dos naciones deseaban “realizar entre todas las naciones la colaboración más completa, en el dominio de la economía, con el fin de asegurar a todos las mejoras de las condiciones de trabajo, el progreso económico y la protección social”. Esta cláusula indicaba fuertemente un compromiso con los derechos sociales y económicos. De manera aún más específica, la cláusula 6 señalaba la importancia de producir una paz “que permita a todas las naciones vivir con seguridad en el interior de sus propias fronteras y que garantice a todos los hombres de todos los países una existencia libre sin temor ni pobreza”. En un comentario personal, Roosevelt enfatizó que “la declaración de principios en este momento presenta una meta que vale la pena que nuestra civilización busque. […] También es innecesario que señale que la declaración de principios incluye imperiosamente la necesidad del mundo de libertad de culto y de la información”. Tal como dijo Roosevelt, estas libertades “forman parte de toda la libertad por la que luchamos”.

La Junta Nacional de Recursos Públicos

El discurso de las cuatro libertades y la Carta del Atlántico ayudaron a inspirar la idea de una segunda declaración de derechos y proporcionaron el contexto indispensable para ella. A principios de la década de 1940, la perfeccionaron, y unos principios amplios y de alguna manera vagos se concretaron en la forma de la segunda Carta de Derechos.

La idea específica no fue de Roosevelt, sino de una institución distintiva y hoy olvidada, la Junta Nacional de Planificación de Recursos (National Resources Planning Board, NRPB),[137] que originalmente había sido la Junta Nacional de Planificación (National Planning Board) dentro de la Administración de Obras Públicas en 1933 y que funcionaba directamente bajo el mando de Roosevelt. La junta duró diez años. Coordinaba la planificación nacional en general, pero también se encargaba de desarrollar nuevas ideas y experimentos para promover el empleo y la seguridad económica. La NRPB resultó ser un actor central en el desarrollo de la segunda Carta de Derechos. Sus componentes específicos y, de hecho, la idea general fueron producto de un organismo que se originó en los programas del New Deal. En sus últimos años, se centró en la nueva concepción del gobierno estadounidense que surgió de la Segunda Guerra Mundial.

Una gran parte del trabajo de la NRPB era producir informes detallados, llenos de estadísticas y aburridos, sobre el estado de la economía y lo que se podía hacer al respecto. Tomados como un todo, estos informes sumaban más de 43.000 páginas. Quienes hayan pasado un tiempo con ellos (confieso que soy una de esas personas) hubieran creído que eran mucho más extensos que eso. Con el inicio de la guerra en Europa, la NRPB se involucró en lo que llamó la "planificación posdefensa". Frederic Delano, tío de Roosevelt, dirigió la junta desde su inicio, y en 1941, Luther Gulick, asesor excepcionalmente capaz de Roosevelt, fue contratado como consultor. Entre 1941 y 1943, la NRPB produjo y envió informes detallados a innumerables grupos de todo el país.

La idea de extender la Carta de Derechos surgió por primera vez en una reunión en agosto de 1939. Con el New Deal en pausa y la amenaza fascista, Delano "sugirió al presidente Roosevelt ampliar la Carta de Derechos del ámbito político al social, para enumerar la

oportunidad educativa, la atención médica y de la salud, la vivienda digna, el derecho al trabajo y la seguridad económica".[138] Delano desarrolló esa idea en un memorándum que escribió al presidente en el verano de 1940. Poco después del discurso de las cuatro libertades, la Junta Nacional de Recursos Públicos (National Public Resources Board) comenzó a trabajar seriamente en la elaboración de una segunda declaración de derechos, y Gulick dirigió el proyecto. El 29 de junio de 1941, Roosevelt recibió una propuesta específica de una carta de derechos económicos de los asesores de la NRPB en Hyde Park; la aprobó y pidió una revisión. La lista de estos asesores, presentada al Congreso en marzo de 1943, era la siguiente:[139]

El derecho al trabajo, de forma útil y creativa durante los años productivos.

El derecho al juego limpio, adecuado para ordenar las necesidades y comodidades de la vida a cambio de trabajo, ideas, ahorro y otros servicios socialmente valiosos.

El derecho a una alimentación, ropa, una vivienda y una atención médica adecuadas.

El derecho a una protección adecuada contra los temores de la vejez, la miseria, la dependencia, la enfermedad, el desempleo y los accidentes.

El derecho a vivir en un sistema de libre empresa, libre del trabajo obligatorio, del poder estatal irresponsable, de la autoridad pública arbitraria y de los monopolios no regulados.

El derecho a ir y venir, a hablar o callar, libre del espionaje de la policía política secreta.

El derecho a la igualdad ante la ley, con igual acceso a la justicia de hecho.

El derecho a la educación, para el trabajo, la ciudadanía, el crecimiento personal y la felicidad.

El derecho al descanso, la recreación y la aventura, la oportunidad de disfrutar la vida y participar en el progreso de la civilización.

Este fue el comienzo de un informe extraordinario y detallado de más de cuatrocientas mil palabras. La NRPB propuso una serie de medidas para proteger estos derechos, incluidos un programa nacional de salud y educación, un sistema más amplio de seguridad social, protecciones reforzadas contra el monopolio y una política permanente de obras públicas de gran escala. En palabras del historiador Patrick Reagan, este documento ambicioso era un desafío directo al "sistema de creencias de las ideologías fascista y comunista de una manera que ningún documento de planificación anterior había capturado", lo que produjo "una visión amplia de unos Estados Unidos de posguerra libres de lo que había dejado la Gran Depresión, inspirados por las posibilidades de abundancia económica, desconfiados del poder estatal centralizado e imbuidos de los ideales estadounidenses del individualismo".[140]

En el Congreso, las propuestas de la NRPB no fueron populares, para decirlo suavemente. Una legislatura escéptica, centrada en la guerra en lugar de la planificación interna, había perdido todo interés en las actividades de la junta.[141] La NRPB fue eliminada mediante un proyecto de ley de asignaciones a sólo tres meses de

haber publicado este informe. Sin embargo, el primer borrador de este documento influyó mucho sobre Roosevelt y tuvo un papel importante en la Carta del Atlántico.[142]

Las principales ideas aparecieron en un intercambio epistolar posterior, en 1943.[143] El 14 de diciembre, Louis Brownlow, un asesor ocasional, escribió a Roosevelt una "súplica", instando a que "tan pronto como pueda, tal vez en su mensaje anual al Congreso, vuelva a hacer sonar el toque de clarín para nuestra agenda interna".[144] Brownlow sugería que era hora de que Roosevelt dijera

que cuando hayamos ganado la guerra la habremos ganado para todos los habitantes de nuestra patria. […] Que la forma de regresar a la paz y la prosperidad es concretar las cuatro libertades a través de los cinco fundamentos del derecho al trabajo, el deber de producir, la distribución justa, el acceso a la educación y el goce de seguridad personal.

Lo que "necesitamos y necesitamos ya", escribía Brownlow, era algo que "reavive la llama de la esperanza en el hombre común". El 29 de diciembre, Roosevelt le contestó, coincidiendo en "que es una buena idea llamar la atención como usted sugiere" y que "incluso ahora debemos mirar hacia delante y establecer planes para el tipo de los Estados Unidos que queremos ver después de haber hecho la paz".

En ese mismo período, Chester Bowles, director de la Oficina de la Administración de Precios (Office of Price Administration), envió a Samuel Rosenman un memorándum en el que hablaba sobre una "segunda Carta de Derechos" e instaba a Roosevelt a "reanudar su programa liberal y su determinación de impulsarlo tan pronto como las exigencias de la guerra lo permitan". Durante debates sobre el mensaje anual para 1943, Rosenman mostró el memorándum de Bowles y la lista de derechos de la NRPB al propio Roosevelt, quien insistió en que su mensaje debía abordar el tema.[145] De ahí nació el discurso de la segunda Carta de Derechos, y con él un conjunto

de ideas que han influido en constituciones y documentos de derechos humanos en todo el mundo.

La Segunda Carta de Derechos en Chicago

El 28 de octubre de 1944, la segunda Carta de Derechos hizo una nueva aparición pública, esta vez en Chicago. Ese día ventoso, Roosevelt pronunció el discurso más vivaz de su última campaña. Comenzó con su típica ironía, anunciando que, a pesar de ser un veterano de las campañas militares, "esta es la campaña más extraña que he visto":[146]

He oído a los diversos oradores republicanos que están instando a la gente a deshacerse de la administración actual y ponerlos a ellos en el gobierno. ¿Y qué dicen?

Bueno, en efecto dicen sólo esto: "Esos incompetentes inútiles e ineptos de Washington han aprobado una gran cantidad de leyes excelentes sobre seguridad social, trabajo, asistencia a los agricultores y conservación de las tierras, y muchas otras, y les prometemos que, si nos eligen, no cambiaremos ninguna".

Y continúan diciendo: "Esos mismos ancianos combativos y agotados han construido la máquina militar más grande que el mundo ha conocido, que está luchando y logrando la victoria; y si nos eligen, prometemos que tampoco vamos a cambiar nada de eso". "Por lo tanto", señalan estos oradores republicanos, "es hora de un cambio".

Esta noche sólo quiero hablarles del futuro de los Estados Unidos, sobre nuestra tierra, esta tierra de infinitas oportunidades. Voy a darles a los oradores de la campaña republicana más oportunidades para decir: "Yo también".

Con ese objetivo, hizo hincapié en la necesidad de una medida agresiva para abordar los problemas de la paz, una no menos audaz que las utilizadas para tratar los problemas de la guerra. Recordando su discurso del Estado de la Unión, enumeró uno por uno los puntos de la segunda Carta de Derechos. Era consciente del escepticismo que había y señaló que algunos "han despreciado estos ideales y los han definido como sueños inalcanzables de los soñadores promotores del New Deal". Pero en su opinión, el público estadounidense "concuerda con estos principios" y está "decidido a obtenerlos". Instó a una ampliación masiva de la capacidad productiva de la nación que tendría como resultado decenas de millones de nuevos empleos. Abogó por incentivos fiscales y por la expansión del comercio exterior para ayudar a "asegurar la realización plena del derecho a un trabajo útil y remunerado".

Más que nunca, recalcó que la nueva Carta de Derechos debía "aplicarse a todos nuestros ciudadanos, independientemente de su raza, credo o color". Instó al Congreso a crear una Comisión para la Práctica del Empleo Justo (Fair Employment Practice Committee, FEPC) permanente para prevenir la discriminación. Reiteró su compromiso con la libre empresa y el sistema de ganancias, y sostuvo que eran capaces de dar "empleo a todo nuestro pueblo". Eso sería posible porque "los Estados Unidos siempre han sido una tierra de acción, una tierra de pioneros aventureros, una tierra de desarrollo y construcción". Con respecto a la causa de la seguridad y la proporción de un nivel de vida digno para todos, instó a que "vamos a avanzar juntos".

Menos de seis meses después, Roosevelt completó el borrador de su discurso final, el discurso del Día de Jefferson, que escribió mayormente él mismo. "El único límite para lo que hagamos mañana", concluyó, "serán nuestras dudas de hoy. Avancemos con una fe fuerte y activa". Al día siguiente murió.

La libertad y la seguridad

"Los hombres necesitados no son hombres libres", dijo Roosevelt.

¿Qué significa eso? La respuesta depende de nuestra concepción de la libertad. Consideremos la interpretación antigua, arraigada en la tradición republicana y familiar para los redactores de la Constitución estadounidense: la libertad exige el autogobierno. Si aceptamos esta interpretación de la libertad, los hombres necesitados no son libres en el sentido específico de que son incapaces de autogestionarse. Carecen de la independencia, la seguridad, que exige la autogestión. Los ciudadanos que no tienen un mínimo decente no pueden participar en la política; para aquellos sin seguridad ni siquiera es fácil ser ciudadanos. De ahí surge la idea de que sólo los propietarios de bienes pueden ser verdaderos ciudadanos. No sería difícil defender algunas partes de la segunda Carta de Derechos en estos términos precisamente, considerando el derecho a un mínimo decente similar al derecho a la propiedad privada, aunque fuera en parte. Si la libertad incluye la libertad para vivir en dignidad, podría ser porque esa forma de libertad es indispensable para la ciudadanía. Después de la Guerra Civil, mucha gente argumentó que los esclavos recién liberados debían recibir "cuarenta acres y una mula", de modo que les asegurasen las condiciones materiales necesarias para la ciudadanía.

Pero no es la ciudadanía lo que Roosevelt solía enfatizar; destacaba la necesidad de seguridad en cuanto tal. Pretendía apelar a favor de la protección social en caso de que se presentaran ciertos riesgos y considerar esa protección como una forma de libertad. En una sugerencia inusualmente extensa, Roosevelt declaró que la seguridad "implica una especie de sentimiento dentro de nosotros mismos de que nos ha faltado algo a lo largo de toda nuestra historia". Para toda esa historia, los seres humanos han tenido que correr riesgos en múltiples esferas. "Durante muchos años he creído que ha llegado el momento en nuestra civilización de que gran parte de esos riesgos sean eliminados de nuestras vidas".[147] Eliminar esos riesgos, pensaba Roosevelt, equivalía a una forma de libertad. Por supuesto, lo que pensaba era una consecuencia directa de lo que la nación había experimentado con la Gran Depresión. Para Roosevelt, el sufrimiento humano ya no podía ser considerado un subproducto inevitable de la vida, la sociedad o la "naturaleza"; era un instrumento de políticas sociales y elecciones. Una gran parte de la miseria humana se puede prevenir; la única pregunta es si el gobierno está decidido a prevenirla. De ahí las palabras de su

secretaria de Trabajo, Frances Perkins: “La idea principal era que la pobreza es prevenible; que la pobreza es destructiva, derrochadora y desmoralizadora; y que la pobreza es inaceptable moralmente en una sociedad cristiana y democrática”.[148] El énfasis de Roosevelt en la seguridad y en la seguridad como forma de libertad debe entenderse bajo esta luz.

¿Es demasiado especulativo conectar los pensamientos de Roosevelt con su propia biografía? Después de todo, fue un niño de gran privilegio, un golden boy vigoroso, activo, atrevido y quizás superficial, que no encontró ninguna dificultad evidente hasta que fue alcanzado por la poliomielitis en el apogeo de sus poderes. Sólo podemos suponer la devastación personal que eso debió haberle causado. A los 39 años, mientras estaba de vacaciones, Roosevelt se fue a nadar a un lago local con dos de sus hijos. Corrió de vuelta a casa y se fue a la cama después de sentir un escalofrío. Al día siguiente estaba enfermo, con fiebre y un dolor agudo. Un médico local concluyó que tenía un catarro, pero luego de dos semanas de confusión e incertidumbre, le diagnosticó poliomielitis. Roosevelt sufrió una parálisis en la espalda y los brazos, y un dolor agónico. También cayó en una depresión severa. Después de un mes, lo trasladaron a un hospital de Nueva York, donde el doctor George Draper, su médico allí, se encontraba con una situación angustiante y fundamentalmente sin remedio: Roosevelt no podía sentarse, no podía mover los pies y sólo podía mover levemente los dedos de los pies. El doctor Draper escribió: “Tiene tanta valentía, tanta ambición y, al mismo tiempo, un mecanismo emocional tan extraordinariamente sensible que necesitaremos de toda la habilidad que podamos reunir para lograr hacerle entender lo que realmente le ocurre sin dejarlo devastado”.[149]

La referencia del doctor Draper a un “mecanismo emocional tan extraordinariamente sensible”, que lo exponía al riesgo de “dejarlo devastado”, es la rareza y, creo yo, la revelación aquí. Lo que fuera que aquellos que conocían a Roosevelt dijeran de él, no creían que fuera extraordinariamente sensible, al menos no sobre sí mismo. Sin duda, no lo consideraban frágil, sino todo lo contrario. Roosevelt continuó sufriendo un dolor severo durante un largo período.[150] “Las partes de su cuerpo que estaban afectadas principalmente se mantuvieron inflamadas durante meses, y la inflamación y las

atrofias y las deformaciones musculares inevitables al principio hicieron que la pasividad de la cama fuera como una tortura para él".[151] Sin embargo, luego del breve período de depresión, Roosevelt recuperó su optimismo, incluso en un grado poco realista. Afirmaba una y otra vez que se recuperaría por completo, al parecer convencido de que con el tiempo volvería a caminar. Durante siete años, buscó sin éxito una cura. Varios años después de eso, se negaba a admitir que estaba discapacitado permanentemente.

En general, todos coinciden en que la poliomielitis transformó e hizo crecer a Roosevelt. Al haberlo conocido antes y después de la enfermedad, Frances Perkins "qued[ó] sorprendida de inmediato por su crecimiento. Era joven y estaba lisiado y físicamente débil, pero se aferraba a la vida y a él mismo con más firmeza que nunca. Estaba serio; ya no jugaba".[152] El tío de Roosevelt, Frederic Delano, tan importante para la segunda Carta de Derechos, escribió: "La prueba más severa por la que pasó fue la 'polio', y para mí eso lo convirtió en lo que es, un hombre que nació dos veces".[153] Su valet informó que "cuando se sentía mal, no murmuraba ni una palabra. […] Se quejaba menos que cualquier hombre que haya visto. […] Podía liberarse de cualquier cosa".[154] Pero el trauma y la discapacidad de por vida no podían no marcarlo. Debió haberlo alertado, años antes de la Gran Depresión, de la omnipresencia de la vulnerabilidad de los seres humanos, de la posibilidad generalizada de desastres que nadie puede controlar. Durante el resto de su vida, Roosevelt

siguió siendo el prisionero físico de sus piernas paralizadas […] necesitando la ayuda de otros en cada momento, […] y en general inmovilizado por su enfermedad una vez que, con gran esfuerzo, se había acomodado en un nuevo lugar, hasta que llegaba el momento de otro movimiento, cuando necesitaba ayuda una vez más.[155]

Y aun así, Roosevelt logró dominar con grandeza la situación. Su propia valentía y su sentido de seguridad y serenidad eran claros para todos; estaban entre las características que más lo definían. Él mismo vinculó su serenidad a su enfermedad: "Si hubieran pasado

dos años en cama intentando mover el dedo gordo del pie, después de eso todo les parecería fácil".[156] Hacía una broma a partir de su situación; cuando un relato lo divertía, exclamaba: "¡En serio, es tan gracioso como una muleta!".[157] Y tampoco lo avergonzaba su condición física. Según Francis Biddle, su procurador general, Roosevelt "tenía más serenidad que cualquier otro hombre que haya visto. Uno sentía que nada lo amargaría finalmente".[158] Eleanor Roosevelt dijo: "En todos los años de vida pública de mi esposo, nunca lo oí decir que alguna crisis no podía resolverse".[159] Después del ataque a Pearl Harbor, ella contó que "estaba completamente tranquilo. Reaccionaba a todos los acontecimientos con calma".[160]

En un ensayo maravilloso, el filósofo Isaiah Berlin puso el énfasis principal en el optimismo y la esperanza contagiosos de Roosevelt, al describirlo como el único estadista del mundo al que "ninguna nube lo cubría" y "uno de los pocos estadistas del siglo XX o cualquier otro siglo que parecía no temerle en absoluto al futuro".[161] En el relato de Berlin,

Roosevelt se destaca principalmente por su apetito asombroso por la vida y por su libertad aparentemente total del miedo al futuro; como un hombre que recibe el futuro en cuanto tal con entusiasmo, y transmitía la sensación de que, sin importar lo que llegara con el tiempo, todo sería procesado por su molino, nada sería demasiado formidable o demoledor para ser reducido, utilizado y moldeado en la construcción de la cual él, Roosevelt, y sus aliados y fieles subordinados se arrojarían con una energía y un entusiasmo inauditos.

Al respecto, en mi opinión, Roosevelt ha sido el más típicamente estadounidense de los presidentes de los Estados Unidos, no sólo nuestro líder más magnífico, sino también el líder que más tipificó el espíritu de la nación. (El carácter diáfano de Roosevelt lo sitúa en el polo opuesto de su mayor predecesor, el melancólico Abraham Lincoln.)

Pero podemos estar seguros de que no habrá sido fácil ganar esta sensación de control, esta energía y entusiasmo inauditos, esta libertad aparentemente total del miedo. Debe de haber algo debajo. La repentina vulnerabilidad física de Roosevelt debe haber producido algún tipo de terror. Seguramente hubo relación entre esa vulnerabilidad, su énfasis constante en la libertad para vivir sin temor y la sugerencia de Berlin de que Roosevelt "no soportaba […] ante todo, la pasividad, la inacción, la melancolía, el miedo a la vida o la preocupación por la eternidad o la muerte, sin importar cuán grande fuera la idea ni cuán delicada fuera la sensibilidad que los acompañaba". Lo que le había sucedido a Roosevelt casi con seguridad fue parte de su intenso sentido de conexión con la gente en las circunstancias más difíciles. Perkins escribió que después de la aparición de su enfermedad, Roosevelt "se había vuelto consciente de los demás, de las personas débiles, de la fragilidad humana".[162] Consideremos, como un buen ejemplo, sus relaciones no muy conocidas, pero de toda la vida, con víctimas de parálisis en Warm Springs, Georgia, donde muchas personas, incluido el propio Roosevelt, esperaban ser beneficiados por nadar en las aguas locales: "Era uno de ellos, un hermano mayor; había pasado por eso; sonreía; era valiente; se sentía bien; los animaba a intentarlo; les decía que podía lograrse".[163] Durante la Segunda Guerra Mundial, Roosevelt hizo un esfuerzo especial para visitar los hospitales y ocuparse de los soldados que estaban discapacitados permanentemente: "Incluso en el último año de su vida, cuando el esfuerzo comenzaba a notarse, siguió visitando las salas de los hospitales. No cabe duda de que su sentido 'Vas a lograrlo, hermano' ayudó a mantener la confianza de estos hombres". [164]

Este sentido de fraternidad con quienes estaban en las circunstancias más difíciles surgió en muchas de sus observaciones. A continuación, una declaración que lo representa:

Estoy harto de que llamen "ladrones y tramposos" a estas personas que dependen de la WPA y de otras ayudas locales. […] Estas personas […] son como el resto de nosotros. No pueden beber más que el resto de nosotros, ya no mienten, no son más perezosos que el resto de nosotros; son una muestra representativa del pueblo

estadounidense. […] Nunca creí que con nuestro sistema capitalista la gente tuviera que ser pobre. Creo que es indignante que permitamos que cientos y cientos de miles de personas no tengan ropa decente, vivan en casas miserables, ni tengan suficiente para comer; no puedan enviar a sus hijos a la escuela sólo porque son pobres.[165]

Observemos que Roosevelt rechazaba de manera explícita cualquier afirmación acerca de la naturaleza esencialmente diferente de los pobres y de la inevitabilidad del sufrimiento económico. Si las personas son pobres, no es porque "tengan" que serlo; es porque "nosotros", la nación, estamos permitiendo que eso suceda. Aquí se desnaturalizan los estados de pobreza y privación; son considerados producto de elecciones sociales conscientes.

La segunda Carta de Derechos fue una consecuencia directa de esta interpretación. Intentaba aportar seguridad frente a una amplia gama de riesgos sociales, y consideraba que esa seguridad era un derecho básico, una condición de libertad.

Parte II

Los Estados Unidos

5. Un interrogante y un repaso

En el capítulo 4, expliqué la distinción entre los derechos constitucionales y los compromisos constitutivos, e hice hincapié en que Roosevelt consideraba la segunda Carta de Derechos más como los segundos que como los primeros. Roosevelt no abogaba por un cambio constitucional, y la segunda Carta de Derechos no se incluyó en la Constitución de los Estados Unidos como enmienda o interpretación constitucional. (Matizaré esta declaración demasiado simple en breve; por el momento, la consideraremos mayormente cierta.) Es más difícil decir si la segunda Carta de Derechos se ha convertido en parte de los compromisos constitutivos de la nación; es muy plausible que el derecho a una buena educación haya alcanzado ese estatus. Ningún funcionario del nivel federal, estatal o local puede rechazar ese derecho por cuestión de principios. Sin embargo, muchos niños estadounidenses no reciben una buena educación, por lo que no queda claro si este derecho existe en la práctica. Cabría decir que un derecho que de ningún modo existe en la práctica, pero debemos ser cautos con esta afirmación. El derecho a la libertad de no sufrir requisas y confiscaciones injustificadas, aunque a menudo sea violado en el mundo real, es garantizado por la Constitución. Es importante, muy importante, que el derecho se reconozca en cuanto tal. Es justo señalar que en la actualidad el derecho a una buena educación ha alcanzado un estatus constitutivo en los Estados Unidos.

He sugerido que el derecho a la seguridad social, una importante parte de la segunda Carta de Derechos, también ha alcanzado ese estatus. En la cultura estadounidense, el sistema de seguridad social es mucho más que una mera política, revocable según soplen los cambiantes vientos políticos. Se necesitaría un cambio cultural fundamental para que la seguridad social deje de ser un derecho básico. Lo mismo ocurre, creo, con el derecho a estar libre del dominio de monopolios. Las prohibiciones legales básicas sobre el monopolio y las prácticas monopólicas están extremadamente

arraigadas, y nadie puede abogar en serio por su derogación. Por supuesto, es un terreno tanto más complicado. Muchas personas razonables reclaman que algunas empresas poseen de hecho un monopolio o un cuasi monopolio, y que la ley no se aplica contra ellos. (Un claro ejemplo es el continuo debate en el área de las comunicaciones, en la que algunas empresas poseen numerosos medios.) En principio, sin embargo, la prohibición del monopolio cae en la categoría de los compromisos constitutivos. Pero es difícil decir lo mismo de la totalidad de la segunda Carta de Derechos. ¿El público estadounidense cree en el derecho a un trabajo decente y remunerado? La respuesta dista de ser clara.

Retomaré el tema de los compromisos constitutivos en la tercera parte del libro. El tema de este capítulo es la Constitución en sí misma: el significado del documento fundacional de los Estados Unidos. Quiero preguntar por qué, de hecho, la segunda Carta de Derechos no está incluida en la Constitución.

Los derechos en el mundo: un breve recorrido

El interrogante se ve intensificado por el hecho de que la comunidad internacional ha llegado a un consenso sólido a favor de la segunda Carta de Derechos. Consideremos la Declaración Universal de Derechos Humanos, que protege una gran cantidad de esos derechos, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1948. La Declaración Universal ha sido aceptada por la mayoría de las naciones del mundo, incluidos los Estados Unidos. De hecho, se elaboró bajo el liderazgo de Eleanor Roosevelt, quien estaba directamente influida por la experiencia de los Estados Unidos durante la Gran Depresión y el New Deal. El discurso de las cuatro libertades y la propuesta de la segunda Carta de Derechos de su esposo fueron cruciales en la determinación del contenido de la Declaración Universal. En efecto, los discursos del presidente Roosevelt posicionaron a los Estados Unidos oficialmente a favor de los derechos sociales y económicos de manera que el apoyo de la ciudadanía se volvió casi inevitable.

La Declaración Universal, más que cualquier otro documento, refleja el acuerdo internacional sobre los derechos que tienen las personas y proporciona un contraste impresionante con la Constitución de los Estados Unidos.

La Declaración Universal da a “toda persona” el

derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios; tiene asimismo derecho a los seguros en caso de desempleo, enfermedad, invalidez, viudez, vejez u otros casos de pérdida de sus medios de subsistencia por circunstancias ajenas a su voluntad.

También dispone el derecho a la educación y a la seguridad social, y proclama que toda persona “tiene derecho al trabajo, a la libre elección de su trabajo, a condiciones equitativas y satisfactorias de trabajo y a la protección contra el desempleo”. Reconoce el derecho “sin discriminación alguna, a igual salario por trabajo igual”, el derecho “a fundar sindicatos y a sindicarse para la defensa de sus intereses” y el derecho “a una remuneración equitativa y satisfactoria, que le asegure, así como a su familia, una existencia conforme a la dignidad humana y que será completada, en caso necesario, por cualesquiera otros medios de protección social”.

¿Cuál es la relación entre estos derechos y los derechos civiles y políticos más conocidos? La historia es reveladora.[166] Los autores de la Declaración Universal insistieron en que los derechos políticos y económicos fueran considerados un todo integrado. En 1950, la Asamblea General de las Naciones Unidas coincidió y proclamó que todas las categorías de los derechos humanos eran “interdependientes”. Entonces, le pidió a la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas que adoptara un único tratado: un documento que fuera más allá de la declaración e impusiera obligaciones aplicables a los países que decidieran ratificarlo. Sin embargo, en el transcurso del año siguiente, la comisión decidió

dividir la Declaración Universal en dos pactos internacionales independientes, uno que se ocupa de los derechos civiles y políticos, y el otro, de los derechos económicos, sociales y culturales.

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos ha sido ratificado por ciento cuarenta y siete naciones, la avasallante mayoría de países en el mundo. El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales ha sido ratificado por esas mismas naciones, menos cinco: Botsuana, Haití, Mozambique, Sudáfrica y los Estados Unidos. El último pacto es en esencia una continuación de la Declaración Universal, pero va un poco más allá al intentar convertir el reconocimiento de los derechos sociales y económicos en compromisos vinculantes. En especial, reconoce la dependencia de estos derechos con los recursos disponibles.

Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a adoptar medidas […] hasta el máximo de los recursos de que disponga, para lograr progresivamente, por todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas, la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos.

El pacto debe ser implementado, no por los tribunales, sino mediante informes y monitoreo público.

Para un efecto general similar, consideremos la Carta Social Europea, un tratado vigente en el Consejo de Europa, firmado por veinticuatro Estados miembros, algunos tan diversos como Alemania, Austria, Chipre, Dinamarca, España, Finlandia, Francia, Hungría, Islandia, Noruega, Polonia, el Reino Unido, Suecia y Turquía. La carta protege el derecho al trabajo, el derecho a una remuneración equitativa, el derecho a la protección de la salud, el derecho a la seguridad social, el derecho a la asistencia social y médica, y el derecho a los beneficios de los servicios sociales. Así como con el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, la implementación ocurre a través de la presentación de informes periódicos. En la década de 1990, se puso en práctica gran cantidad de medidas para aumentar las probabilidades de

exigibilidad efectiva.[167] De acuerdo con la Comisión Europea de Derechos Sociales, encargada del monitoreo de su cumplimiento, las naciones tienen la obligación de brindar soluciones internas para las violaciones, al menos para algunos de los derechos garantizados.[168]

El reconocimiento de la segunda Carta de Derechos va mucho más allá de las declaraciones, los pactos y los tratados. En el mundo entero, las constituciones modernas siguen la Declaración Universal al crear derechos sociales y económicos, a veces incluso con las mismas palabras. Garantizan a los ciudadanos una amplia gama de beneficios sociales. Desde luego, esto también fue cierto para la Constitución soviética; las naciones socialistas y comunistas con frecuencia insistían en la importancia de las garantías sociales y económicas, aun cuando se opusieran a los derechos políticos (y los obviaran miserablemente). Pero muchas Constituciones no comunistas y poscomunistas también incluyen derechos económicos. La actual constitución de Finlandia establece que: "Se garantizará por Ley a todas las personas el derecho a la seguridad del sustento básico durante períodos de desempleo, de enfermedad, de incapacidad laboral y durante la vejez, así como por causa de nacimiento de hijos o de pérdida de sostén de familia". La Constitución de Noruega impone al Estado la responsabilidad de "la creación de las condiciones que permitan a todas las personas capaces de trabajar ganarse el sustento con su trabajo". La Constitución de España declara: "Los poderes públicos garantizarán, mediante pensiones adecuadas y periódicamente actualizadas, la suficiencia económica a los ciudadanos durante la tercera edad". Asimismo, las constituciones de Ucrania, Rumania, Siria, Bulgaria, Hungría, Rusia y Perú (para nombrar algunas) reconocen algunos o todos los derechos económicos listados por Franklin Roosevelt.

Sin embargo, otras naciones optaron por un abordaje diferente. Reconocen las garantías sociales y económicas como metas, pero no como derechos exigibles por ley. La India ofrece un abanico de derechos civiles y políticos, y también incluye "principios rectores de la política estatal" que indican que el Estado "dirigirá sus políticas para garantizar" un medio de subsistencia adecuado, un salario igual por un trabajo de igual valor tanto a hombres como a mujeres, y otros derechos. La Constitución de Suiza dice que "la

Confederación y los cantones promoverán" determinados derechos relacionados con la seguridad social, la atención médica necesaria y más. Esta también es la estrategia de países como Irlanda, Nigeria y Papúa Nueva Guinea. Este enfoque promete hacer un bien con poco daño. Ayuda a crear una expectativa en el colectivo cultural de lo que un gobierno debe hacer, lo cual puede tener efectos reales en la vida de las personas. Si una constitución reconoce el derecho a una buena educación o el derecho a la asistencia médica, presiona seriamente al gobierno a legislar respetando tales derechos. Sin lugar a dudas, la ausencia de una exigibilidad judicial tiene algunos riesgos; aumenta la posibilidad de que la segunda Carta de Derechos se convierta en meras palabras sin significado alguno en el mundo real.

Por este motivo, tal vez sea preferible adoptar el distintivo enfoque sudafricano. Siguiendo el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, la Constitución sudafricana reconoce una amplia gama de derechos sociales y económicos, pero también admite que el gobierno tiene recursos limitados y no puede ocuparse de todos los problemas al mismo tiempo. Por lo tanto, esta Constitución obliga al Estado, en las disposiciones más relevantes, a "adoptar las medidas legislativas –y de otra índole– razonables en función de los recursos que estuvieran a su alcance para proveer a la gradual concreción" de tal derecho. La mayoría de las disposiciones de la segunda Carta de Derechos deben protegerse dentro de los límites de los recursos disponibles, pero no absolutamente. A pesar de la ambigüedad, estas disposiciones han logrado ser, en ocasiones, exigibles por los tribunales nacionales y han obligado a los gobiernos a cumplir con determinadas responsabilidades. Este enfoque permite cierto grado de exigibilidad judicial de manera que respeta el hecho de que las naciones, en especial las más pobres, no pueden hacer todo lo que debería hacerse.

¿Cómo debería un país elegir entre estos dos enfoques? La respuesta no es sencilla. La ventaja del enfoque de la India es que minimiza las dificultades de la exigibilidad judicial con preguntas para establecer prioridades. La desventaja es que disminuye las probabilidades de que la segunda Carta de Derechos tenga efectos reales. Al respecto, notemos que las constituciones comunistas

estaban llenas de sólidas garantías de los derechos individuales: políticos, civiles, sociales y económicos. Estas garantías no significaban nada en el mundo real, en parte por la falta de exigibilidad judicial. Los defensores del abordaje de los "principios rectores" tal vez esperan que dichos principios garanticen que los derechos sociales y económicos sean tomados en serio; cuando esos derechos tengan un estatus constitucional, los funcionarios electos quizás los consideren obligaciones verdaderas. Pero existe un riesgo generalizado de que las sociedades, incluso las democráticas, no presten la debida atención a las necesidades de sus miembros más vulnerables. Por ejemplo, según un estudio realizado en Australia, las formas indirectas de protección, que dependen sólo de procesos políticos, son bastante inadecuadas para asegurar el cumplimiento del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, lo que es técnicamente vinculante para el gobierno australiano.[169] Cuando se involucran los tribunales, es más probable que los derechos relevantes se respeten. La desventaja es que la participación del sistema judicial podría desplazar las decisiones legislativas razonables para establecer prioridades sensatas. Retomaré estos temas en la tercera parte.

¿Existe algún patrón en las constituciones del mundo? ¿Los derechos sociales y económicos se relacionan con el socialismo? ¿Con una influencia de la izquierda? Las respuestas no son claras. Un minucioso estudio de sesenta y cuatro constituciones notó que cuarenta y siete incluyen el derecho a la seguridad social.[170] Cincuenta y una otorgan el derecho a la educación, y casi la mitad proporcionan el derecho a la vivienda y a la atención médica. Portugal, el Brasil, Polonia, Finlandia, Uruguay y Paraguay son los países más comprometidos con los derechos económicos, mientras que Austria, Nueva Zelanda, Singapur, Trinidad y los Estados Unidos poseen los compromisos más débiles. Es mucho menos probable encontrar derechos sociales y económicos en las naciones con una tradición anglosajona basada sobre el derecho consuetudinario que en aquellas con una tradición de derecho civil francés. En particular, el compromiso con tales derechos suele ser mayor en las naciones democráticas.[171] Es apenas más probable que las constituciones más recientes contengan derechos sociales y económicos, pero la diferencia no es significativa estadísticamente.

Un interrogante

Llegados a esta instancia, dirijamos nuestra atención al interrogante específico. Las constituciones de muchos países, con diversos orígenes, crean derechos sociales y económicos, sean exigibles o no. Sin embargo, la Constitución de los Estados Unidos no hace nada por el estilo. ¿Por qué? ¿Qué la vuelve tan distinta en este sentido? No estoy preguntando si la Constitución estadounidense debe incluir alguno o todos los derechos de la segunda Carta de Derechos; pregunto por qué no lo hace. Al explorar esta cuestión y considerar cuatro respuestas posibles, espero echar algo de luz sobre los derechos en general, los efectos de las constituciones, la cultura estadounidense y, en particular, la segunda Carta de Derechos.

La primera explicación, y la más obvia, es cronológica. La Constitución de los Estados Unidos es la constitución vigente más antigua del mundo. Las constituciones más antiguas no incluyen garantías sociales y económicas, ya que son mayormente una creación del siglo XX. Veremos que esta explicación es útil, pero ni siquiera se acerca a lo que buscamos. Para aquellos que destacan la cronología, el problema más importante es que la Constitución estadounidense no está congelada en el tiempo; contiene en sí misma y de manera explícita lo necesario para ser enmendada. Aún más importante: no está congelada porque su significado varía según la interpretación que se le dé. En un sentido es antigua, pero su significado es producto de una interpretación contemporánea de sus términos. La pregunta clave, para la cual la explicación cronológica no tiene respuesta, es por qué el documento existente no ha sido interpretado de manera que incluya garantías sociales y económicas.

La segunda explicación es la más ambiciosa. Propone que existe algo en la cultura estadounidense que es especialmente hostil hacia los derechos sociales y económicos. Tal vez los Estados Unidos tienen una peculiar cultura libertaria o individualista que valora el

derecho a la libertad de toda interferencia gubernamental. Los ciudadanos de una cultura como esta podrían dar caridad privada, tal vez una gran cantidad, pero su gobierno no proveerá alimento, vivienda ni ropa por cuestión de derecho. La explicación cultural está estrechamente relacionada con lo que es usual denominar "excepcionalismo estadounidense": la ausencia de un movimiento socialista significativo o incluso de un movimiento socialdemócrata en la Unión.

La cultura estadounidense es, de hecho, distinta y en cierto modo admite ser hostil hacia la intervención del gobierno, al menos de cierta manera. Su peculiaridad ayuda a explicar la ausencia de la segunda Carta de Derechos de las interpretaciones constitucionales actuales. Sin embargo, es demasiado simple justificar así la ausencia de los derechos sociales y económicos. Por un lado, la explicación cultural no menciona una variable importante: la raza. Cuando Roosevelt hablaba, la segunda Carta de Derechos no planteaba problemas raciales ni siquiera de manera implícita. En las décadas anteriores, cualquier medida para brindar atención especial a quienes estaban en situaciones económicas angustiantes se interpretaba en términos raciales, lo cual complica enormemente el asunto. Lo que quiero decir es que la explicación cultural es inadecuada aun si enfatiza las cuestiones raciales. La razón es que una cultura en esencia individualista, que tiene un firme compromiso con las instituciones capitalistas, también puede aceptar la segunda Carta de Derechos y hacerlo en nombre del individualismo mismo. De hecho, esta era una de las principales afirmaciones de Roosevelt. La idea misma de una segunda carta de derechos surgió de la experiencia estadounidense en las primeras décadas del siglo XX. Por esta razón, es muy difícil argumentar que esta no es por completo incongruente con la cultura estadounidense. Como veremos más adelante, en los años sesenta, la Corte Suprema se acercó bastante a una interpretación de la Constitución que reconocía los derechos sociales y económicos, un avance que complica la idea de que la cultura estadounidense repudia esos derechos.

La tercera explicación comienza con el hecho de que en los Estados Unidos los tribunales son los responsables de hacer cumplir la Constitución. Para algunas naciones, las constituciones son un lugar

donde se establecen determinados objetivos y aspiraciones generales, símbolos cuyo fin no era su implementación en el mundo real. Pero en los Estados Unidos, los derechos no son meras aspiraciones. Los ciudadanos están facultados a esperar que jueces independientes les garanticen que el gobierno respeta esos derechos en la práctica. Si hacemos hincapié en esto, podríamos llegar a la conclusión de que la Constitución de los Estados Unidos no reconoce los derechos sociales y económicos por una simple (y buena) razón: los jueces no pueden exigirlos. Es inevitable que la segunda Carta de Derechos se convierta en un conjunto de objetivos antes que derechos. Cuando otras naciones la incluyen en su totalidad o en parte en sus constituciones, lo hacen porque creen que su documento fundacional no debe limitarse a disposiciones con un significado real en el mundo.

Lo anterior revela algo cierto e importante sobre la naturaleza del constitucionalismo estadounidense, pero no explica en forma adecuada la ausencia de los derechos sociales y económicos. En primer lugar, es demasiado complicado, incluso delicado. Podría justificar la decisión de no incluirlos en una constitución; las personas razonables podrían concluir que no hay que incluirlos porque los tribunales no pueden aplicarlos fácilmente. Pero este argumento no explica por qué la Constitución estadounidense no incluye estos derechos. Además, los tribunales pueden aplicarlos de hecho, al menos hasta cierto grado. Como veremos más adelante, algunas naciones que defienden la segunda Carta de Derechos también cuentan con una revisión jurídica y, en algunos casos, los tribunales han actuado agresivamente para proteger a las personas de las peores formas de privaciones.

Esta posibilidad misma es la base de la cuarta explicación, que hace hincapié en algunos giros extraordinarios en el derecho constitucional estadounidense en las décadas de 1960 y 1970. Durante un breve período, la Corte Suprema estuvo cada vez más receptiva a la idea de que la Constitución existente protege al menos una parte de la segunda Carta de Derechos. Al interpretar las cláusulas de la protección igualitaria y del debido proceso, dictaminó que el gobierno no podía discriminar a los pobres. En algunas decisiones revolucionarias, fue mucho más allá. Sostuvo que el gobierno tenía la obligación explícita de proporcionar

recursos a los pobres para darles la posibilidad de votar y litigar. En una decisión clave, a veces denominada “la Finnegans Wake del derecho constitucional”, la Corte invalidó el esfuerzo de California para imponer un requisito de un mínimo de seis meses de residencia a quienes solicitaban planes sociales. Basándose sobre este tipo de decisiones, algunos académicos importantes insistieron en que la Corte debía buscar un derecho constitucional para las garantías de un mínimo de bienestar. A fines de la década de 1960, no habría sido insensato predecir que la Corte haría exactamente eso.

¿Qué detuvo este avance? La respuesta está en las elecciones de 1968, cuando, por una diferencia estrecha, Richard M. Nixon derrotó a Hubert Humphrey: obtuvieron respectivamente un 43,6 y un 42,6% del voto popular. El presidente Nixon designó a cuatro jueces que revirtieron de inmediato la tendencia emergente, insistiendo en que la Constitución no incluye garantías sociales y económicas. Por lo tanto, los pequeños pasos que la Corte había dado hacia el reconocimiento de estas garantías se convirtieron en una simple nota al pie de la historia. Lo irónico es que, con un pequeño cambio en el voto presidencial, la Constitución de los Estados Unidos podría haber sido interpretada para crear una amplia gama de derechos sociales y económicos.

La cuarta explicación da cuenta de una gran cantidad de situaciones actuales. En la práctica, la Constitución significa lo que la Corte Suprema dice que significa. Con un pequeño cambio de personal, la Constitución se habría interpretado para crear derechos sociales y económicos como los que muchas constituciones modernas incluyen. Esta conclusión sugiere que no hay nada inevitable en la situación actual. Con pequeñas modificaciones en el futuro, podríamos lograr la inclusión de algunas partes de la segunda Carta de Derechos en nuestras interpretaciones constitucionales, y definitivamente en los compromisos constitutivos de la nación, que es adonde pertenecen.

6. La constitución más antigua del mundo

Donde y cuando sea que haya tierras no cultivadas y pobres sin empleo, es evidente que las leyes de la propiedad hasta ahora se han extendido hasta constituir violaciones del derecho natural. La tierra nos fue dada como soporte común para que el hombre trabaje y viva.

Thomas Jefferson

Si queremos explicar la ausencia de garantías sociales y económicas en la Constitución estadounidense, lo más tentador consiste en dar una respuesta cronológica. Los Estados Unidos tienen la constitución vigente más antigua del mundo: fue ratificada a finales del siglo XVIII, época en que no se creía que las constituciones debieran incluir esas garantías. Los redactores se basaron sobre los derechos tal como se los interpretaba en la tradición británica. Además, estaban respondiendo a los problemas específicos que afrontaban bajo el dominio británico y los Artículos de la Confederación. Nadie sugirió que la Carta de Derechos debía incluir garantías sociales de este tipo. Existe una relación débil, en todo el mundo, entre la antigüedad de la constitución y la inclusión de derechos sociales y económicos.[172] Sin embargo, resulta muy poco probable que las constituciones redactadas antes de 1900 incluyan algo parecido a la segunda Carta de Derechos.

Por lo tanto, es posible que la ausencia de derechos sociales y económicos de la Constitución estadounidense sea tan sólo una cuestión de tiempos. Cuando se redactaron las constituciones modernas, la interpretación internacional era por completo diferente, y por eso se encuentran derechos sociales y económicos en las constituciones de, por ejemplo, Bulgaria, Sudáfrica, Noruega y Rusia. La Constitución estadounidense carece de la segunda Carta

de Derechos porque el concepto de derechos económicos no existía en el momento de su elaboración, al menos no como una posibilidad constitucional.

La conversión de James Madison

En sus inicios, la Constitución no incluía una carta de derechos. [173] Se suponía que su estructura, su sistema de pesos y contrapesos, era suficiente. Cuando se propuso por primera vez este documento, Alexander Hamilton sostuvo que no había necesidad de una carta de derechos aparte: "La verdad es que, después de todas las declamaciones que hemos oído, la Constitución misma es, en todo sentido racional y para todo propósito útil, UNA CARTA DE DERECHOS". Hamilton creía fervientemente en los derechos, pero insistía en que la estructura del gobierno los garantizaría como correspondía. El sistema de división de poderes –de los poderes del gobierno federal, y del gobierno federal y los estados– aseguraría el control firme de los excesos. La capacidad de cada parte de contener al resto garantizaría la libertad.

Quienes presionaban para incluir una carta de derechos no eran los fundadores sino sus adversarios antifederalistas, que se oponían a la constitución propuesta y le tenían miedo al gobierno nacional que este documento creaba. Pensaban que había que limitar a ese gobierno remoto con un sistema explícito de derechos. Durante un tiempo, James Madison, uno de los fundadores más influyentes, coincidió con Hamilton en que una carta de derechos separada era innecesaria e incluso contraproducente. Sin embargo, después de un extenso debate, los defensores originales de la Constitución, sobre todo Madison, empezaron a creer que los antifederalistas estaban en lo cierto. Los argumentos de Madison merecen una atención especial porque ayudan a elucidar tanto las constituciones más antiguas como las nuevas.

En una carta importante del 17 de octubre de 1788, Madison escribió a Thomas Jefferson: "¿Qué utilidad, pues, […] puede tener una carta de derechos en los gobiernos populares?",[174] y ofrecía

dos respuestas. La primera decía que "las verdades políticas declaradas de esa manera solemne adquieren gradualmente el carácter de máximas fundamentales de un gobierno libre y, al incorporarse al sentimiento nacional, contrarrestan los impulsos de interés y pasión". En otras palabras, una carta de derechos se convertiría en parte de la cultura nacional –su autocomprensión– y así brindaría protección contra los daños causados por los dos grandes temores de Madison: el "interés" y la "pasión". Si las mayorías interesadas o apasionadas intentaban violentar los derechos, una cultura que valorara su carta de derechos podía confiar en estas "máximas fundamentales" como salvaguardia. Madison fue asombrosamente profético en esto. La Carta de Derechos, en efecto, se ha convertido en parte del "sentimiento nacional" de los Estados Unidos de manera exactamente proporcional a la protección que él había buscado –no siempre, pero la mayor parte del tiempo–. (La petición de Roosevelt por una segunda declaración de derechos debe entenderse en términos similares.)

La segunda respuesta de Madison tenía que ver con el riesgo de opresión por parte del gobierno mismo. Frente a este riesgo, "una carta de derechos será una buena base para generar un sentido de comunidad". De esta manera, Madison argumentaba que una carta de derechos incentivaría a "la comunidad" a intentar contrarrestar la opresión gubernamental. La Revolución Norteamericana, después de todo, reflejó un cambio en cómo se entendía la soberanía, que ya no residía en un monarca, sino en "Nosotros, el Pueblo". Madison sostenía que con una carta de derechos el público estaría mejor dotado para resistirse a la tiranía del gobierno. En este sentido, la Carta de Derechos tendría una función educativa. Tres años más tarde, Madison escribió exactamente en la misma línea: "En la medida en que el gobierno es influenciado por la opinión, también debe serlo por lo que sea que influencia a esa opinión. Esto resuelve el tema de la Carta de Derechos, que adquiere eficacia a medida que el tiempo la santifica y la incorpora al sentimiento público".[175] Madison no hablaba en términos de protección jurídica, sino de protección por obra del "sentimiento público" influido por una carta de derechos. Al hacer énfasis en el sentimiento público, ofreció una postura peculiar, distinta, por ejemplo, de la de Thomas Jefferson, que hacía hincapié en la protección por parte de los

tribunales. Por eso, Jack Rakove, historiador de Stanford, escribe que “Madison cifró sus mayores esperanzas en el valor educativo de la Carta de Derechos”.[176]

Los ciudadanos y la Carta de Derechos original: breve repaso

¿De qué trata la Carta de Derechos original? ¿Tiene un tema unificador? Los redactores estaban preocupados sobre todo por garantizar las condiciones necesarias para un autogobierno genuino. Buscaban asegurar la soberanía popular.[177] No lograremos comprender la primera Carta de Derechos si consideramos que estaba basada sobre la oposición al gobierno o que era una especie de individualismo del laissez-faire. Es mejor que la veamos como una medida para proteger la ciudadanía. Si estamos buscando un tema unificador para la primera Carta de Derechos, es precisamente ese.

Por ejemplo, la Primera Enmienda garantiza varios derechos que son indispensables para la autogestión: la libertad de palabra o de imprenta, el derecho para reunirse de manera pacífica, el derecho para pedir al gobierno la reparación de agravios. Estos son los derechos políticos por excelencia y aseguran que los ciudadanos controlen al gobierno, y no al revés. De hecho, tienen un importante rasgo mayoritario. El derecho del pueblo, como colectividad, se reconoce expresamente en las cláusulas de reunión y de petición. La Primera Enmienda también prohíbe al Congreso promulgar “ley alguna por la que adopte una religión como oficial del Estado o se prohíba practicarla libremente”. De este modo, crea los dos componentes del derecho estadounidense de libertad de culto: la protección contra una iglesia oficial (la cláusula de la adopción) y la protección contra la interferencia gubernamental en las prácticas religiosas (la cláusula de la práctica libre). Estos son derechos individuales, sin duda, pero también protegen el autogobierno en sí mismo. Probablemente no pueda sostenerse una democracia que se involucra con la religión y las disputas religiosas, algo que los

redactores sabían muy bien. En una sociedad diversa, la separación de la Iglesia y el Estado protege tanto al gobierno como a la religión.

La Segunda Enmienda, que salvaguarda el derecho a poseer y portar armas, puede entenderse en términos similares. También es un derecho político, entendido como fundamental para un gobierno republicano. Su objetivo central es proteger de un gobierno nacional autoritario. Consideremos las palabras iniciales: "Siendo necesaria una milicia bien ordenada para la seguridad de un Estado Libre". Como mínimo, la Segunda Enmienda impide que el gobierno federal proscriba las milicias estatales, y es evidente que los redactores entendían que estas desempeñaban una función importante en la democracia. Las milicias proporcionaban una suerte de campo de entrenamiento para el cultivo de la virtud republicana; también limitaban a un gobierno federal potencialmente tiránico. Por lo tanto, hace mucho tiempo que existe la conexión entre el derecho a portar armas y la soberanía popular, [178] una conexión que la Revolución Norteamericana ayudó a poner de relieve. En el siglo XX, muchas personas han argumentado que la Segunda Enmienda crea un derecho individual a portar armas para la defensa personal. Esta lectura quizá sea incorrecta, y la Corte Suprema no la ha aceptado, pero incluso si finalmente fuera convincente, el objetivo central de la Segunda Enmienda era crear una especie de derecho político que garantizara que las personas serían ciudadanos antes que sujetos.

El derecho a un juicio por jurado, protegido por la Sexta y Séptima Enmiendas, es otro ejemplo. Este derecho suele considerarse una medida para salvaguardar a los acusados de delitos contra el gobierno, y en efecto proporciona una gran medida de protección individual. Pero su objetivo también es garantizar la ciudadanía. Una de las funciones del derecho a juicio por jurado es asegurar un papel activo de los ciudadanos en la administración de la justicia civil y penal. Los juicios por jurado dan un lugar continuo a la gente común en el diseño del contenido de la ley, especialmente cuando hay mucho en juego. Por lo tanto, un sistema con jurados les permite servir, en un sentido limitado pero importante, como legisladores. Muchos de los primeros promotores del sistema de jurados hablaban en estos términos, tratando al jurado como una

especie de rama democrática del Poder Judicial.[179] Si el gobierno ha promulgado una ley injusta u opresiva, los jurados podrían negarse a castigar a los individuos por haberla violado. Al menos podrían eliminar las aristas más duras, declarando inocentes a los acusados en casos determinantes. Servir como jurado también tiene una función educativa importante, ya que da a las personas una idea de lo que significa el gobierno. Esta forma de educación podría tener efectos persistentes en una cultura democrática.

Entender la Carta de Derechos original en términos de ciudadanía nos da una nueva perspectiva sobre lo que parece ser la protección por excelencia de los derechos individuales: la protección constitucional de la propiedad privada. Bajo la Quinta Enmienda, no "se ocupará la propiedad privada para uso público sin una justa indemnización". Al proteger los bienes de los individuos contra el gobierno, la Quinta Enmienda crea una esfera de control individual. Sin embargo, también podemos considerar a esta enmienda como una manera de proteger la independencia que los ciudadanos necesitan. La tradición republicana plantea una relación estrecha entre la ciudadanía y el derecho de propiedad. Si el gobierno no puede tomar nuestra propiedad sin pagar su valor razonable, en cierta medida estamos libres de su control, y podemos hacer y decir lo que queramos con menos temor a represalias. Por eso, los derechos de propiedad se pueden considerar una condición previa necesaria para el estatus de ciudadanía. La seguridad personal y la independencia personal respecto del gobierno están garantizadas en un sistema en el cual las instituciones públicas protegen los derechos de propiedad.

Cuando la propiedad privada no existe, los ciudadanos dependen de la buena voluntad de los funcionarios gubernamentales casi diariamente. Cualquier cosa que tenga un ciudadano es un privilegio, no un derecho. Se acercan al Estado como solicitantes o mendigos, no como poseedores de derechos. Si a una persona se le pueden quitar los bienes que le brindan una seguridad básica, cualquier persona que lo impugne puede ser suprimida o empujada a la clandestinidad. En este sentido, el derecho a la propiedad privada, libre de interferencias gubernamentales, es un fundamento necesario o al menos útil para la democracia.

Muchas disposiciones de la Carta de Derechos fueron diseñadas para proteger a los ciudadanos del abuso del sistema de justicia penal. Es perfectamente correcto considerar que son una medida de protección contra un gobierno que abarque demasiado. La gente tiene derecho a estar resguardada en su "persona, domicilio, papeles y efectos", por medio de la protección contra requisas y confiscaciones injustificadas. El gobierno no está autorizado a emitir órdenes generales para invadir hogares; si quiere una orden, debe dar especificaciones. No se puede obligar a las personas a declarar contra sí mismas. Tienen derecho a la asistencia de un abogado. Deben tener un juicio rápido y público. El gobierno tiene prohibido imponer fianzas y multas excesivas, y castigos crueles e inusuales. Estas disposiciones protegen en efecto los derechos individuales. Pero al igual que el derecho a la propiedad privada, también salvaguardan las condiciones necesarias para la ciudadanía. No se puede ejercer la independencia que requiere la ciudadanía si uno es totalmente vulnerable al poder del Estado, y estas salvaguardias son indispensables para esa independencia.

La idea general es clara. Estamos acostumbrados a pensar en la Carta de Derechos original sólo como una forma de proteger al individuo contra el gobierno, mediante la creación de una esfera de libertad privada, inmune al control colectivo. Pero esta es una postura absolutamente moderna. La Carta de Derechos original es en gran medida un esfuerzo para crear las condiciones para la ciudadanía. Sin duda, la ciudadanía está inextricablemente entrelazada con el control del gobierno, pero ese control debía ser garantizado con mecanismos de participación, seguridad e independencia, no simples barreras para los funcionarios públicos.

Aquí, podemos encontrar cierta continuidad entre la Carta de Derechos original y la segunda. Roosevelt decía: "Los hombres necesitados no son hombres libres". La ciudadanía podría requerir educación y una vida libre de inseguridad desesperada. En estas cuestiones, Roosevelt intentaba completar la Revolución Norteamericana. "La libertad no es algo para tomar a la ligera".

¿La segunda generación en la primera?

Para bien o para mal, los redactores de la Constitución ni siquiera pensaron en incluir garantías sociales y económicas en la Carta de Derechos. Antes de evaluar la afirmación que estoy investigando, según la cual el hecho de no incluir tales garantías es simplemente una cuestión de tiempos, debemos notar que los fundadores no eran indiferentes a la pobreza. Por el contrario, algunos de sus escritos sugerían un compromiso fuerte con las garantías sociales y económicas, aunque no a escala constitucional.

Consideremos las palabras del propio Madison, probablemente la voz más influyente del período fundacional, que propuso los siguientes medios para combatir "el mal de los partidos":

1. Establecer la igualdad política entre todos. 2. Negar oportunidades innecesarias a unos pocos, para que aumente la desigualdad de la propiedad, por una acumulación desmesurada, y sobre todo inmerecida, de riquezas. 3. Con el funcionamiento silencioso de leyes que, sin violar los derechos de propiedad, reducen la riqueza extrema a un estado de mediocridad, y elevan la pobreza extrema hacia un estado de comodidad (el destacado me pertenece).[180]

Lo más sorprendente de este pasaje es el énfasis que Madison pone en la importancia de un "estado de comodidad" para los pobres y, en particular, su sugerencia de que la "comodidad" proporcionaría protección contra "el mal de los partidos", o facciones interesadas, en el gobierno. Al parecer, sugiere que la desigualdad excesiva acaso lleve a una suerte de competición entre los grupos de interés dentro del proceso de gestión. Vemos aquí un vínculo claro entre la eliminación de la pobreza y las condiciones previas necesarias para la democracia. Para Madison, tanto la "riqueza extrema" como la "pobreza extrema" ponen en riesgo cualquier proceso político que funcione bien. Madison creía que era posible reducir la riqueza extrema y levantar la indigencia extrema "sin violar los derechos de propiedad", aunque no especificó qué implicaba eso. Pese a todo,

indudablemente lo creía posible. (¿Roosevelt fue madisoniano en este sentido?)

Thomas Jefferson no fue artífice de la Constitución (estaba en Francia en ese momento), pero ejerció una influencia fuerte durante el período fundacional. Escribió en términos sorprendentemente similares a los de Madison:

Soy consciente de que una división equitativa de los bienes es impracticable, pero con las consecuencias de esta enorme desigualdad que produce tanta penuria al grueso de la humanidad, los legisladores no pueden inventar demasiados dispositivos para subdividir la propiedad, sino tan sólo tener cuidado de dejar que sus subdivisiones trabajen codo con codo con las afecciones naturales de la mente humana. […] Otra callada manera de disminuir la desigualdad de la propiedad es eximir de impuestos a todos los ciudadanos por debajo de cierto punto y gravar las partes más altas de la propiedad en progresión proporcional a medida que suben. Donde y cuando sea que haya tierras no cultivadas y pobres sin empleo, es evidente que las leyes de la propiedad hasta ahora se han extendido hasta constituir violaciones del derecho natural. La tierra nos fue dada como soporte común para que el hombre trabaje y viva.[181]

Suele creerse que la idea de eximir a quienes están por debajo de cierto punto, así como imponer impuestos más altos a quienes ganan más, es creación del siglo XX, pero esto tiene un claro antecedente en el pensamiento jeffersoniano. Muchos de los pensadores liberales clásicos, lejos de rechazar los derechos sociales y económicos, los aceptaban expresamente. El teórico social francés Montesquieu, que tuvo gran influencia sobre los fundadores de los Estados Unidos, afirmó: “Las limosnas que se dan a un hombre desnudo en la calle no satisfacen las obligaciones del Estado, que debe asegurar a todos los ciudadanos una subsistencia segura, una alimentación apropiada, ropa conveniente y un tipo de vida que no sea incompatible con la salud”.[182] John Locke, que influyó enormemente en el pensamiento político estadounidense, escribió

en términos similares:

Así como la justicia da a cada hombre un título sobre el producto de su industria honesta y las legítimas adquisiciones que sus antecesores le legaron, de modo análogo la caridad da a todos los hombres el derecho sobre lo que les sobra a los que mucho poseen, para mantenerlos alejados de la necesidad extrema, en tanto carezcan de medios para subsistir de otra manera.[183]

En los primeros años de los Estados Unidos, Thomas Paine era el defensor más explícito de las garantías sociales y económicas. Paine había emigrado a los Estados Unidos en 1774. Dos años después, publicó su libro extraordinariamente influyente, El sentido común. Quince años después, publicó su primer volumen de Los derechos del hombre, una respuesta al conservador Edmund Burke, que había escrito con gran escepticismo sobre la Revolución Francesa y el uso de la idea de los "derechos" para justificar la rebelión popular. Paine respaldó con firmeza los derechos civiles y políticos, incluida la libertad de expresión y la libertad contra las privaciones arbitrarias de la libertad. Pero en el segundo volumen, publicado en 1792, fue mucho más lejos e instó a algo parecido a un Estado de bienestar, incluyendo muchos de los componentes de las reformas del siglo XX.

Paine abogaba por el empleo público para ayudar a quienes necesitaban trabajo; por la seguridad social para los empleados, que les permitiría jubilarse a la edad de sesenta años; por la financiación de dinero a las familias pobres por parte del Estado, lo suficiente para permitirles educar y criar a sus hijos; y por los beneficios para las parejas recién casadas y las madres. La segunda parte de Los derechos del hombre de Paine fue ampliamente leída; se vendieron doscientos mil ejemplares del libro en Escocia, Gales e Inglaterra.[184] Paine tampoco creía que la idea de derechos fuera inapropiada para propuestas de este tipo. Insistía en que sus sugerencias sobre las pensiones fueran consideradas "no caridad, sino un derecho", y dos años más tarde enfatizó que estaba proponiendo "no caridad, sino un derecho; no una recompensa, sino

justicia".[185]

En el período de fundación, hubo un amplio apoyo a la legislación que proporcionaría a los pobres las necesidades básicas para vivir. Con gran influencia de las prácticas inglesas, las colonias estadounidenses ofrecieron una serie de estrategias para asegurar la ayuda a los indigentes.[186] No vamos a detenernos en los detalles aquí, pero los fondos públicos se utilizaron ampliamente con este propósito y, en términos generales, se acordó que la asistencia a los pobres era una responsabilidad pública. En el período colonial, el bienestar se llamaba "asistencia", y se proporcionaba de diversas formas. La "asistencia puertas afuera", antecesora directa del actual bienestar, adquiría la forma de empleos, capacitación y mucho más. Mientras Inglaterra intentó prohibir la asistencia puertas afuera a los pobres, los Estados Unidos fueron tanto más permisivos; casi todos los estados permitieron esa forma de asistencia. Un funcionario local electo, a cargo de velar por los pobres, aceptaba las solicitudes de quienes necesitaban ayuda y usaba dinero de los impuestos para proporcionarles ropa, combustible, comida e incluso asistencia para tratamientos médicos. Muchas ciudades de las jóvenes colonias también brindaban "asistencia puertas adentro", al proporcionar ayuda por medio de asilos, que podían verse en Boston, Salem, Filadelfia, Nueva York, Charleston, Providence y Baltimore. La cobertura de la ayuda era muy variable. Muchos críticos de la época temían que la asistencia llevara a los pobres a la "inactividad" y a la "imprevisión"; subrayaban el riesgo de que los pobres "no llegaran a sentir las consecuencias de su inactividad".[187] Podemos encontrar los temas de los debates contemporáneos sobre los programas sociales en los primeros días de la historia estadounidense. Pero la asistencia para los necesitados se aceptaba ampliamente.

Por lo tanto, nadie puede alegar razonablemente que los redactores de la Constitución se oponían a las protecciones sociales y económicas. Sin embargo, ninguno de ellos sugirió que tales protecciones debían adoptar la forma de derechos constitucionales. Es natural pensar que en el siglo XVIII esta idea simplemente no estaba en el panorama de las personas. Y si esta explicación cronológica es correcta, aún queda responder por qué se planteó la segunda Carta de Derechos, por qué los derechos allí reconocidos

estaban ausentes antes de incluirlos y por qué surgieron cuando lo hicieron. Esta no sería una pregunta sobre las prácticas estadounidenses en particular, sino una cuestión de concepciones que cambian de los derechos constitucionales.

Sin duda, la explicación cronológica contiene algo de verdad. Da cuenta, a la perfección, de la elaboración de la Carta de Derechos original. Sin embargo, como explicación completa, tiene un problema serio: el significado de la Constitución cambia con el tiempo. De maneras innumerables, la Constitución estadounidense ha ido mucho más allá de la interpretación original de quienes la redactaron y ratificaron. Dado que no es estática, no se puede hablar de su antigüedad para explicar la ausencia de derechos sociales y económicos.

Primer cambio constitucional: cuarenta acres y una mula

A veces, el cambio constitucional proviene de enmiendas constitucionales explícitas, y allí es donde debemos comenzar. Después de la Guerra Civil, la Constitución fue alterada de manera significativa. Originariamente, la Carta de Derechos sólo se aplicaba al gobierno federal. En cuanto a la Constitución nacional, los estados eran libres de reprimir la disidencia, castigar las creencias religiosas o incautar propiedades sin una indemnización justa. Los redactores del documento fundacional buscaban disciplinar al gobierno nacional en lugar de a los estados, convencidos de que los controles políticos a escala estatal, junto con las constituciones estatales, protegerían contra el abuso de los gobiernos estatales. Con la experiencia de la esclavitud, esta interpretación cambió drásticamente. Los estados parecían una potencial fuente de opresión y tiranía, y el gobierno nacional, una fuente de protección contra el poder estatal. El resultado principal fueron las enmiendas de la Guerra Civil, que en la actualidad se interpretan como una implementación de la Carta de Derechos sobre los gobiernos estatales. Las enmiendas de la Guerra Civil también prohíben la

esclavitud o “trabajo forzado”. Prohíben a los estados privar a cualquiera de la vida, la libertad o la propiedad “sin el debido proceso legal”, y a negar a cualquiera “la protección de las leyes”, y así impiden que discriminen según la raza, el sexo y otros motivos ilícitos.

Las enmiendas de la Guerra Civil no contienen explícitamente derechos sociales y económicos del tipo que Roosevelt buscaba. En cierto modo, esto presenta su propia incógnita, ya que el tema de los derechos económicos se debatía mucho en ese momento. En el Sur había más de cuatro millones de esclavos recién liberados que no tenían tierra ni un refugio. A menudo se argumentaba, al estilo de Roosevelt, que la libertad política de los esclavos recién liberados no tendría sentido sin libertad económica. Los republicanos radicales en el Congreso buscaban confiscar partes de las plantaciones del Sur y entregarlas a los libertos. Thaddeus Stevens, líder republicano, instó a que los libertos recibieran un pequeño porcentaje de las tierras de los blancos. En un discurso ante la convención republicana en septiembre de 1865, sostuvo que el gobierno debía tomar poco más de ciento sesenta millones de hectáreas pertenecientes al 10% más rico del Sur y transferir “cuarenta acres” (cerca de dieciséis hectáreas) a cada liberto adulto, y vender lo que restaba (aproximadamente el 90% del total) “al mejor postor” en parcelas que no superaran las doscientas hectáreas.

Algunas de las tierras confiscadas ya habían sido donadas a esclavos recién liberados bajo el rótulo general de “cuarenta acres y una mula”, indudable precursor del pensamiento moderno sobre los derechos económicos. En 1865, el general William T. Sherman y el secretario de Guerra Edwin M. Stanton se reunieron con veinte líderes de la comunidad afroamericana de Savannah, en Georgia. Según Garrison Frazier, predicador bautista y ex esclavo, “la libertad exigía” que los antiguos esclavos “tengamos tierra, y la removamos y labremos con nuestras propias manos […] y así pronto podremos mantenernos”.[188] Como resultado del debate, Sherman dio una orden especial del campo, mediante la cual los libertos tendrían haciendas de cuarenta acres “donde con aplicación y compromiso pueden alcanzar la independencia sin problemas”. En Carolina del Sur y Georgia, se entregaron parcelas de cuarenta acres

a más de cuarenta mil libertos; en Davis Bend, Mississippi, se entregaron grandes extensiones de tierras confiscadas a mil ochocientos ex esclavos. A escala nacional, la jurisdicción sobre esta y otras tierras quedó en manos de la Oficina de Libertos (Freedmen's Bureau), que buscó proporcionar a los esclavos recién liberados tierras y escuelas, no sólo protección legal. Sin embargo, poco después, el presidente Johnson emitió indultos especiales y devolvió sus bienes a los ex confederados.

En el Congreso de la Reconstrucción, hubo un gran debate sobre la reforma agraria del Sur, pero poco apoyo para cualquier propuesta específica. La idea de "los cuarenta acres y una mula" fue impugnada como una violación de los derechos de propiedad y como innecesaria a la luz de las libertades políticas garantizadas por las nuevas enmiendas: el derecho al voto, a ocupar un cargo, a tener bienes y otras por el estilo. Los afroamericanos estaban divididos: muchos argumentaban que la educación, el voto y los derechos civiles equitativos serían suficientes para garantizar la libertad y la ciudadanía,[189] mientras que otros no estaban de acuerdo y decían: "Queremos las haciendas; el gobierno nos prometió haciendas".[190]

En resumen, la era de la Guerra Civil fue testigo de muchos debates sobre la relación entre la libertad y una prestación social mínima; muchas personas insistían en que la ciudadanía y la libertad requerían cierto nivel de bienes materiales. Sin embargo, no hubo ningún interés serio, después de la Guerra Civil, en enmendar la Constitución para incluir derechos sociales y económicos. Nadie sugirió que tales derechos se incluyeran en las enmiendas de la Guerra Civil. Aquí cabe destacar un dato cronológico relevante: en el mundo angloamericano de finales del siglo XIX, los derechos sociales y económicos casi no se conocían. Tal vez este dato apoye la explicación cronológica, pero hay otros problemas.

Segundo cambio constitucional: el New Deal y más allá

¿Qué hay del New Deal? ¿La Constitución se cambió en ese período? En un sentido obvio, la respuesta es negativa. El New Deal no alteró ni una palabra del documento fundacional. Pero ya vimos que hacia 1940 el significado de la Constitución era en esencia diferente de lo que había sido en 1930. A escala estatal, las enmiendas constitucionales que respaldaban aspectos de la segunda Carta de Derechos fueron de hecho ratificadas. Varios estados otorgan hoy derechos sociales y económicos. La Constitución de Nueva York, por ejemplo, establece que "la ayuda, el cuidado y el apoyo a los necesitados son asuntos de interés público y serán proporcionados por el Estado y sus subdivisiones, y de tal manera, y por tales medios, como lo determine la legislatura ocasionalmente". [191] Como veremos, la afirmación de que los Estados Unidos son excepcionales como materia cultural se ve complicada no sólo por el pedido por parte de Roosevelt de la segunda Carta de Derechos, sino también por una considerable innovación constitucional a escala estatal, actividad que no generó grandes diferencias en la vida real de los pobres.

Resulta significativo que los promotores del New Deal no buscasen reforma constitucional alguna. Su enfoque era por completo coherente con su estrategia general, que consistía en evitar cualquier enmienda oficial y utilizar los procesos políticos y la interpretación constitucional para mover la ley y la política en las direcciones que buscaban. El New Deal no fue la única medida del siglo XX para asegurar la libertad para vivir en dignidad. La Gran Sociedad del presidente Johnson incluyó la guerra contra la pobreza, con una serie de medidas para brindar oportunidades y recursos a aquellos que no los tenían. Durante las décadas de 1960 y 1970, diversos grupos sociales mostraron un gran interés en diferentes aspectos de la segunda Carta de Derechos, como el derecho a la vivienda y al bienestar. A pesar de su interés, no hubo debates significativos sobre la incorporación de derechos sociales y económicos a la Constitución estadounidense. Esta es mi objeción principal: la explicación cronológica, enfatizando que tales derechos eran ajenos a los fundadores, no puede explicar la inactividad constitucional del siglo XX.

Tercer cambio constitucional: la interpretación

La explicación cronológica se enfrenta a un problema aún más grave. El cambio constitucional suele ser producto no de una enmienda textual, sino de una interpretación jurídica, que conduce a una nueva forma de comprender las antiguas disposiciones. A lo largo de la historia estadounidense, el significado de la Constitución a menudo es muy diferente de lo que era incluso dos décadas antes. Si bien la Constitución del siglo XVIII no incluía derechos sociales y económicos, la Constitución estadounidense podría haber sido interpretada para tenerlos. De hecho, eso todavía podría suceder; no hay nada en los métodos de interpretación ampliamente aceptados que descarte esta posibilidad.

¿Acaso parece inimaginable un fallo de la Corte Suprema donde la Constitución estadounidense de hoy proteja toda o parte de la segunda Carta de Derechos? Retomaré esta pregunta en el capítulo 9. Pero consideremos algunas analogías:

En 1900, estaba claro que la Constitución permitía la segregación racial. Hacia 1970, se acordó universalmente que la segregación racial estaba prohibida.

En 1960, la Constitución permitía la discriminación sexual. Hacia 1990, era evidente que la discriminación sexual estaba prohibida casi siempre.

En 1930, la Constitución permitía al gobierno reprimir la disidencia política si tenía una tendencia negativa o peligrosa. Hacia 1970, estaba claro que el gobierno casi nunca podía reprimir la disidencia política.

En 1910, la Constitución prohibía las leyes de un máximo de horas de trabajo y un salario mínimo. Hacia 1940, era evidente que la Constitución permitía leyes de un máximo de horas de trabajo y un salario mínimo.

En 1960, estaba claro que la Constitución permitía al gobierno regular el discurso comercial, que no estaba protegido por el principio de la libertad de expresión. Hacia 2000, era evidente que en general la Constitución no permitía al gobierno regular el discurso comercial a menos que este fuera falso o engañoso.

En 1970, habría sido absurdo argumentar que la Constitución protegía el derecho a participar en relaciones homosexuales [homosexual sodomy]. En 1987, quedó bien establecido que la Constitución no protegía ese derecho. Hacia 2004, era evidente que la Constitución lo protegía.

Todos estos cambios se produjeron sin la mínima modificación del texto de la Constitución. Y esta es sólo la punta del iceberg; hay infinitos ejemplos más.

¿Esto equivale a decir que los Estados Unidos carecen de una Constitución estable? ¿Que la Constitución no tiene sentido? ¿Que significa lo que los jueces dicen que significa? Estas serían conclusiones tontas. La Constitución tiene sentido y es relativamente estable, y no significa lo que los jueces dicen que significa. Pero el derecho constitucional no consiste en observar el texto constitucional y la historia, y decir el significado del documento. Muchas de las disposiciones clave de la Constitución son generales y ambiguas. ¿Qué cuenta como “libertad de expresión”? ¿Qué requiere el “debido proceso”? ¿Qué significa negar a alguien “igual protección de las leyes”? Para responder estas preguntas, quizás queramos preguntar cómo entendían estos

términos las personas que los ratificaron originalmente. Algunos magistrados de la Corte Suprema, en particular los jueces Antonin Scalia y Clarence Thomas, han argumentado que la "interpretación original" es la única base legítima para el derecho constitucional. Sin embargo, la Corte no ha aceptado ese punto de vista, y la interpretación original deja muchas lagunas e incertidumbres (como bien saben los jueces Scalia y Thomas). De ahí que el significado del documento cambie con el paso del tiempo y que estos cambios generalmente surjan de alteraciones en los valores sociales.

La Corte Suprema suele describirse como una fuerza "contramayoritaria" o antidemocrática en el gobierno estadounidense, como si se ubicara en contra de la voluntad de los poderes del gobierno electos democráticamente. Esta imagen es muy exagerada. Los cambios en la interpretación de la Corte suelen seguir la opinión pública, y no guiarla. Podemos detenernos en el comentario del señor Dooley hace un siglo: "Sin importar que la Constitución rija o no dondequiera que flamee nuestra bandera, la Corte Suprema se rige por los resultados de las elecciones".[192] ¿La Corte realmente sigue los resultados de las elecciones? Esta sugerencia tiene mucho sentido si la entendemos como que es poco probable que la Corte se aparte de un firme consenso nacional.[193] Muchas de las decisiones más célebres de la Corte, incluso aquellas que derogaron leyes, reflejaban las opiniones de las mayorías políticas del momento. Por ejemplo, los orígenes del derecho moderno a la privacidad se encuentran en "Griswold c. Connecticut",[194] en que la Corte invalidó una ley que prohibía a las personas casadas usar anticonceptivos. Esta fue una decisión agresiva, pero Connecticut era uno de los dos estados que tenía esa prohibición, y la Corte estaba reivindicando compromisos extendidos ampliamente en la nación como un todo, no oponiéndose a ellos. El caso "Brown c. Junta de Educación",[195] al invalidar la segregación escolar y crear una controversia a gran escala sobre el papel de la Corte, en realidad reflejó la opinión de la mayor parte de la nación. La mayoría de los estadounidenses se oponían a la segregación escolar. Decidido en 1954, el caso "Brown c. Junta de Educación" recibió críticas regionales, pero un apoyo nacional generalizado, algo que no habría pasado en 1900, 1910 ni 1920. Es muy revelador que la Corte no quisiera oponerse a la segregación hasta que la ciudadanía lo hiciera.

Cuando la Corte comenzó a invalidar la discriminación sexual en las décadas de 1970 y 1980, no estaba haciendo una revolución por su cuenta. Por el contrario, seguía un consenso social cada vez mayor según el cual la discriminación sexual era ilegítima. Tal vez el fallo de "Roe c. Wade",[196] al proteger el derecho de la mujer a hacerse un aborto, sea difícil de ajustar dentro de este marco. Muchos norteamericanos rechazan la idea de un derecho a elegir el aborto. Pero incluso en ese caso, la decisión de la Corte casi con seguridad se ajusta a las convicciones de la mayor parte de la nación. Sería un error representar a la Corte como si impusiera juicios morales que carecen de un fuerte apoyo de los ciudadanos de la nación. Aclaro que no estoy intentando defender las decisiones de la Corte; sólo remarco el hecho de que son mucho menos contramayoritarias de lo que suele afirmarse.

En nuestra tradición constitucional, el significado de la Constitución se establece mediante juicios caso por caso, a partir de precedentes, lo que permite una evolución con el paso del tiempo. En teoría, habría sido posible que este proceso produjera algo así como una segunda declaración de derechos. Por eso, posiblemente no pueda señalarse el hecho de que la Constitución fue ratificada en el siglo XVIII para explicar la ausencia de derechos sociales y económicos en nuestras interpretaciones constitucionales.

Si esto parece descabellado, retomemos el tema de la discriminación sexual. La mayoría de las constituciones modernas la prohíben explícitamente, pero la Constitución estadounidense no. ¿Por qué es tan diferente? La explicación cronológica brinda una respuesta parcial: cuando se ratificó la Carta de Derechos, no se creía que la discriminación sexual fuera un problema. Pero esta explicación es absurdamente incompleta. La Enmienda de Igualdad de Derechos, que prohíbe expresamente la discriminación por razón de sexo y fue muy debatida en las décadas de 1970 y 1980, podría haber sido ratificada, pero no lo fue. ¿Por qué? Aquí presento parte de la respuesta: la discriminación sexual es un problema en todo el mundo, pero no hay nada en la cultura estadounidense que se oponga particularmente a la igualdad de género. De hecho, los Estados Unidos están más comprometidos con la igualdad sobre la base del sexo que muchos países que la garantizan en sus constituciones. La Enmienda de Igualdad de Derechos no funcionó

en parte porque la mayoría la consideraba innecesaria. Como resultado de los impresionantes cambios luego de la década de 1970 en la interpretación jurídica de la cláusula de igual protección, ahora la Constitución estadounidense tiene algo muy parecido a una prohibición constitucional de la discriminación sexual, no por la interpretación original de su texto, sino por nuevas interpretaciones jurídicas. Si esto ocurrió en el contexto de la igualdad de los sexos, ¿por qué no pasó también con los derechos sociales y económicos?

La explicación cronológica no ofrece ninguna respuesta. Tenemos que buscar en otro lugar.

7. Los Estados Unidos, su peculiar cultura y el excepcionalismo

Los fervientes burócratas del New Deal soñaban con un grado mucho mayor de justicia social, con una comunidad más verdadera, de lo que los Estados Unidos habían logrado hasta el momento. Por supuesto, querían una mayor producción y más puestos de trabajo, pero también querían que todos tuvieran un sentido de participación y valor significativos.

Paul Conkin, The New Deal

Voy a retomar aquí lo que podría ser la explicación más tentadora de por qué la segunda Carta de Derechos no se convirtió en parte de la Constitución estadounidense, lo que nos lleva a ciertos hechos distintivos de la historia y la cultura de los Estados Unidos. Comencemos con el hecho de que el socialismo nunca fue una fuerza poderosa en el país, circunstancia que sí se dio en países similares, como Inglaterra, Canadá, Alemania y Francia. En los círculos académicos, esta ausencia de un fuerte movimiento socialista a menudo se define como "excepcionalismo estadounidense". En esta perspectiva, lo que hace de los Estados Unidos algo excepcional es que "aquí no sucedió":[197] nunca hubo un esfuerzo consistente para llevar a los Estados Unidos hacia el socialismo o incluso hacia la socialdemocracia. El New Deal creó un abanico de protecciones para quienes no tenían una buena relación con la economía capitalista, pero sus artífices no sentían ningún entusiasmo en absoluto ni simpatía por el socialismo. El New Deal podría describirse como una medida no para incorporar el pensamiento socialista, sino para preservar el capitalismo eliminando las aristas más duras. El propio Roosevelt estaba desconcertado por la hostilidad con que se llevaban adelante los negocios: "Una de mis principales tareas es evitar que los banqueros

y los hombres de negocios se suiciden".[198]

El excepcionalismo estadounidense, junto con la cultura especial de los Estados Unidos, podría explicar por qué nuestro documento fundacional no incluye una segunda carta de derechos. Ningún grupo que podría haberse interesado en esos derechos tuvo el poder suficiente para obtenerlos. Comparemos esta situación con el debate sobre la Declaración Universal de Derechos Humanos; las naciones socialistas y comunistas, sobre todo la Unión Soviética, estaban particularmente interesadas en presionar a favor de las garantías sociales y económicas. Lo que fuera que Roosevelt podría haber dicho, y cualquiera fuese la naturaleza de las cuatro libertades, las naciones capitalistas estaban algo incómodas con ellas. Durante la Guerra Fría, el debate sobre estas garantías tomó la forma de un desacuerdo generalizado entre los Estados Unidos y sus adversarios comunistas. Los estadounidenses enfatizaban la importancia de las libertades civiles y políticas, sobre todo la libertad de expresión y la libertad de religión, mientras que las naciones comunistas destacaban el derecho a un trabajo, a la atención médica y a un mínimo social. Creo que este debate no sirvió de nada; es más plausible ver que los dos grupos de derechos se refuerzan mutuamente, y no que son antagónicos. Como veremos, las libertades políticas ayudan a reducir el riesgo de privaciones masivas, y es muy poco probable que aquellos que viven en situaciones desesperadas puedan gozar de sus derechos políticos y civiles. Sin embargo, la idea de que los dos son opuestos ha tenido un papel importante en los debates internacionales.

El contenido de una constitución refleja la cultura política de la nación, y la cultura política estadounidense es peculiar. Hemos visto que los términos clave de la segunda Carta de Derechos tienen un amplio apoyo en los Estados Unidos. Sin embargo, en comparación con los europeos, los estadounidenses son menos propensos a creer que el gobierno debe proporcionar una garantía de ingresos mínimos, trabajo para todos o un nivel de vida decente para los desempleados.[199] Tal vez esta sea, en pocas palabras, la mejor explicación de por qué la Constitución estadounidense no incluye la segunda Carta de Derechos. Esto tiene estrecha relación con el análisis previo de la interpretación constitucional, contexto en que sugerí que cuando la interpretación cambia, a menudo se debe a

que la cultura ha cambiado. Respecto de los derechos sociales y económicos, la cultura estadounidense no ha cambiado. Si los estadounidenses estuvieran comprometidos en principio con la segunda Carta de Derechos, la constitución vigente también iría en ese sentido.

¿Qué es lo excepcional?

Hay una extensa bibliografía sobre el excepcionalismo estadounidense, con diversos puntos de vista, y es importante que aclaremos los términos clave. ¿Cómo debemos definir el socialismo? ¿Qué hace, precisamente, a los Estados Unidos "excepcionales" en su hostilidad hacia el socialismo? ¿Qué es exactamente lo que no sucedió aquí? Un valioso análisis lo resume: "Los partidos que se llaman a sí mismos socialistas, socialdemócratas, laboristas o comunistas han sido fuerzas importantes en todos los países democráticos del mundo, excepto en los Estados Unidos".[200] Pero tal vez los rótulos no sirvan de mucho. Desde la década de 1930 hasta la actualidad, algunos críticos del New Deal se quejan de que Roosevelt produjo una modalidad de socialismo que creció en los Estados Unidos, lo que sugiere que en efecto ocurrió aquí, pero sin ese rótulo.

Si entendemos el socialismo como la abolición de la propiedad privada y la propiedad pública de los medios de producción, los estadounidenses jamás han mostrado un real interés por el socialismo. Roosevelt no tenía un verdadero deseo de nacionalizar las industrias. Si entendemos que un movimiento socialista es aquel que rechaza la libre empresa, Roosevelt, defensor acérrimo del capitalismo, no era socialista. Su objetivo era salvar el sistema de la libre empresa, no reemplazarlo. Pero en Francia, Inglaterra, Alemania y otros lugares, los movimientos supuestamente socialistas a menudo no han sido radicales. Sus objetivos han estado en consonancia con los de la izquierda política: cierta redistribución de los recursos de los ricos a los pobres, seguro de desempleo, techos para la riqueza económica, una mayor autoridad para los

sindicatos, controles sobre el poder corporativo, atención médica y seguridad social para todos. Si bien en los Estados Unidos ningún gran movimiento político ha adoptado el socialismo en cuanto tal, los funcionarios poderosos del país han buscado, dentro del marco del sistema capitalista, promover todos esos objetivos. Los programas de Roosevelt incluían la seguridad social, una mayor autoridad para los sindicatos, techos para la riqueza económica y la redistribución de los recursos de los ricos a los pobres. En mayor o menor medida, ocurre lo mismo con muchas otras figuras políticas estadounidenses, incluidos el presidente Lyndon Baines Johnson y el senador Ted Kennedy. Los programas políticos de izquierda son casi ajenos al debate estadounidense.

¿El excepcionalismo estadounidense es tan sólo una cuestión de rótulos? No lo creo. Quizá la diferencia entre los Estados Unidos y Europa sea mayormente de grado, pero no por eso es menos real. A lo largo de varias décadas, lo que es centrista en Europa cae en la extrema izquierda en los Estados Unidos. En muchos temas, Margaret Thatcher, líder altamente conservadora de Europa, habría tenido reputación de centrista en los Estados Unidos. El socialismo se mantiene en gran medida al margen; son pocas las posiciones relevantes que realmente califican como socialistas. Sin embargo, en comparación con personas de muchas otras naciones, los estadounidenses no han querido regular los aspectos centrales del sistema de libre empresa. Han sido menos entusiastas acerca del sistema de bienestar que da amplia protección a los desfavorecidos. Si bien cada encuesta llega a distintos guarismos, la diferencia entre los estadounidenses y los europeos es contundente. Según una encuesta, sólo el 23% de los estadounidenses acepta la idea de que el gobierno tiene la obligación de “ocuparse de las personas muy pobres que no pueden cuidarse a sí mismas”.[201] En 1990, fuertes mayorías de ciudadanos, ricos y pobres, de Italia, los Países Bajos y Alemania Occidental estuvieron de acuerdo con la proposición de que “el gobierno debe proporcionar un trabajo a todos” y que “el gobierno debe ofrecer un nivel de vida digno a los desempleados”.[202] Por el contrario, sólo el 32% de los estadounidenses más ricos coincidió con la primera declaración, y sólo el 23%, con la última. Los estadounidenses menos acaudalados aceptaron estas declaraciones en respectivas mayorías del 61 y el 52%, pero incluso estas mag- nitudes fueron significativamente inferiores a las cifras

correspondientes a Europa.

Cuando se les preguntó si "el gobierno debería proporcionar a todos un ingreso básico garantizado", sólo estuvieron de acuerdo el 12% de los estadounidenses más ricos y el 33% de los estadounidenses menos ricos. Por el contrario, esta proposición obtuvo un apoyo mayoritario entre los ciudadanos menos ricos de Gran Bretaña, Alemania Occidental, los Países Bajos e Italia, y cerca del apoyo de la mayoría entre los ciudadanos más ricos. Ya vimos que a principios de los años noventa, algunas encuestas mostraron que la mayoría de los estadounidenses apoyaban la idea de un nivel de vida adecuado para todos y que el gobierno debía ofrecer un empleo a todos aquellos dispuestos a trabajar, pero claramente los europeos apoyan estos derechos con más fuerza.

La actitud de la sociedad tiene efectos reales sobre las políticas. Un estudio exhaustivo muestra que las leyes impositivas y previsionales de los Estados Unidos hacen comparativamente poco para ayudar a los pobres o para reducir la desigualdad;[203] otras naciones son mucho más agresivas en estos aspectos. Tal vez el "excepcionalismo estadounidense" no se debe a la ausencia de un supuesto movimiento socialista, sino a una izquierda política más pequeña y débil, o a una falta de entusiasmo por los programas de redistribución.

De todas maneras, creo que hay algo más. El socialismo en cualquier forma ha resultado poco atractivo en los Estados Unidos, y gran parte de la razón reside en que por lo general la noción de "conflicto de clases" fue recibida por oídos sordos. Es totalmente aceptable que los políticos estadounidenses aboguen por "oportunidades para todos", defiendan el "conservadurismo compasivo" e incluso insten a una "guerra contra la pobreza". Sin embargo, no es aceptable que afirmen que hay una contienda entre las distintas clases económicas y que los votantes deben elegir un lado u otro. Incluso la mínima sugerencia de esto enoja al pueblo. Consideremos la opinión de George W. Bush en 2000 cuando dijo, como respuesta a la sugerencia de Al Gore de que él favorecía "al pueblo", no a "los poderosos", que Gore estaba metiéndose en una "guerra de clases". Tal vez los Estados Unidos sean una excepción al desplegar su hostilidad hacia el pensamiento de la vida política en

clave clasista. Si esto es así, la ausencia de la segunda Carta de Derechos en las interpretaciones constitucionales estadounidenses podría deberse a que en la Unión no se piensa en términos de clases.

¿Por qué es excepcional?

Supongamos que existe el excepcionalismo estadounidense y que es entendible como una propensión a no adoptar programas de redistribución a gran escala y como cierta hostilidad hacia cualquier cosa que suene a un llamado al antagonismo de las clases. Entonces, surge otra pregunta: ¿por qué los Estados Unidos son excepcionales en estas cuestiones?

Se han dado muchas explicaciones. Hay quienes sugieren que los trabajadores estadounidenses han tenido, o han creído tener, un alto grado de movilidad ascendente, lo cual acalla la insatisfacción con la situación del momento. Una fuerte mayoría de estadounidenses creen que en el futuro tendrán un ingreso por encima de la media y, si algunos de nosotros somos pobres, al menos es posible que a nuestros hijos o nietos les vaya mucho mejor. La sensación de posibilidad abierta atenúa cualquier sentimiento de conflicto de clases. Por desgracia, las pruebas no dan gran respaldo a la idea de que los estadounidenses tienen niveles de movilidad inusualmente altos; por el contrario, sugieren que en los Estados Unidos se tiene menos movilidad que en muchos otros países, como Suecia y Perú.[204] Según un estudio realizado sobre un gran número de países, en términos de movilidad, los Estados Unidos se encuentran entre los últimos del ranking, junto con Sudáfrica e Inglaterra. Aquí, lo que importa es la percepción más que la realidad. Si los estadounidenses creen que es probable que en el futuro les vaya bien, es menos probable que favorezcan las medidas para ayudar a quienes estarán mal. Y si las reformas de redistribución o de tipo socialista atraen a las personas que piensan que están en riesgo económico, entonces ganarán poco terreno en los Estados Unidos.

Otros han sugerido que el feudalismo es un precursor necesario para el socialismo. En un sistema feudal, las personas se definen a sí mismas en términos de su posición social asignada, y por lo tanto, una sociedad con un pasado feudal está especialmente preparada para el esfuerzo que significa entender en términos de clase las ventajas y desventajas. Los estadounidenses, al no tener un pasado feudal, nunca se han pensado como siervos y amos; por eso, es probable que, en política, apelar a posiciones sociales arraigadas caiga en saco roto. Aun así, otros sugieren que los grupos privados poderosos suprimieron rápidamente los movimientos socialistas cada vez que estos amenazaron con ser eficaces. Para ellos, el macartismo es sólo la punta del iceberg. De diversas maneras, sutiles y no sutiles, públicas y privadas, las acciones han dificultado que el socialismo cuente con alguna adhesión en los Estados Unidos. Muchas de esas acciones implicaron la cooptación en lugar de la represión. Aceptaban las propuestas y metas más plausibles de los reformadores sin moverse en una dirección radical.

El propio Roosevelt fue un ejemplo importante. De todos los períodos de la historia estadounidense, la Gran Depresión fue la que proporcionó las condiciones más prometedoras para que surgiera el socialismo en los Estados Unidos. La respuesta de Roosevelt fue participar en “medidas conscientes para socavar a los extremistas de izquierda con el fin de preservar el capitalismo”.[205] Algunas de esas medidas implicaron encontrarse con ellos y sugerirles que se ocuparía de los temas que más les preocupaban. Así consiguió el apoyo de un movimiento sindical potencialmente irritado. A fines de la década de 1920, no había ningún derecho federal para organizarse; quienes buscaban establecer un sindicato, o incluso unirse a uno, podían perder sus empleos. Una de las propuestas más simples de los primeros años del New Deal fue garantizar, a escala nacional, que los empleadores no podían castigar a los empleados por el simple hecho de organizarse. Consideremos las palabras de un dirigente sindical a mediados de la década de 1930:

A principios de 1933, visité la Casa Blanca. […] En ese momento, nuestro sindicato no tenía suficientes miembros para pagarles a los jefes y durante el transcurso de esa entrevista con el presidente, este

dijo: “Muchachos, vayan a casa y duerman bien porque, aunque sea lo último que haga durante mi mandato como presidente de los Estados Unidos, voy a dar a los mineros la oportunidad de organizarse en el sindicato Mineros Unidos de los Estados Unidos ”. […] Sin dudarlo, después de eso siempre apoyé al presidente, y nada de lo que ha hecho desde entonces me puso en su contra.[206]

Al apoyar la Ley de Wagner, que aseguró el derecho a organizarse, Roosevelt cumplió con su compromiso.

Una explicación más sutil involucra al sistema electoral estadounidense, que es claramente poco prometedor para movimientos de un tercer partido. Sólo cuenta con dos partidos dominantes y un conjunto elaborado de pesos y contrapesos. Como resultado, ha logrado amortiguar con éxito las medidas socialistas que funcionaron en otros lugares. Dado que el sistema estadounidense carece de una representación proporcional, los candidatos que obtienen menos de la mitad de los votos en general no aparecen en el gobierno en absoluto. (Dejemos de lado las elecciones presidenciales de 2000.) Por eso, votar por un tercer partido es como “desperdiciar” el voto. Este hecho tiende a moderar las divisiones políticas, al debilitar a los grupos extremistas, tanto de derecha como de izquierda. Incluso si un grupo extremista ganara acceso al poder, sería controlado y limitado por otros grupos, lo que haría muy poco probable que el gobierno en su conjunto se moviera radicalmente en una u otra dirección.

No necesitamos decidirnos por una de estas explicaciones que compiten entre sí. Lo importante es la debilidad subyacente de todo tipo de movimiento socialista en los Estados Unidos.

La cultura más allá del socialismo y la raza

Sin embargo, en todas estas explicaciones parece faltar algo. Tal vez la mejor explicación cultural no apunte a la ausencia de un

movimiento socialista en los Estados Unidos, sino a características más generales de la cultura nacional: el individualismo subyacente de este país, su creencia de que para escapar de la pobreza sólo hay que esforzarse y su prudencia en cuanto a las medidas fuertes para redistribuir los recursos de los ricos a los pobres. Una vez más, hay grandes diferencias entre los estadounidenses y los europeos en estas cuestiones.[207] Por ejemplo, según una encuesta, el 70% de los estadounidenses afirmó que la gente es pobre por pereza, no por la sociedad, mientras que el 70% de los alemanes occidentales dijo que la gente es pobre por culpa de la sociedad, no por pereza. A la pregunta de si los pobres pueden salir de la pobreza, el 71% de los estadounidenses respondió que sí, mientras que sólo el 40% de los europeos opinó de esa manera. Hay pruebas claras de un vínculo entre las creencias públicas de una nación y sus patrones de gasto. En aquellos lugares donde se cree que el éxito económico depende de la suerte, es más probable que el gobierno realice gastos sociales. En este sentido, indudablemente las creencias de los estadounidenses son poco alentadoras.

Debemos explicar estas características de la cultura estadounidense. Aquí también podríamos referirnos a algunos de los factores que ya mencionamos para explicar el excepcionalismo estadounidense. La ausencia de antecedentes feudales, por ejemplo, podría contribuir a la creencia generalizada de que la pobreza no es inmutable. Los grupos privados poderosos presionan intensamente en contra de las propuestas de redistribución, mientras los comités de expertos, bien financiados e independientes nominalmente, ofrecen apoyo empírico a la oposición política a estas propuestas.

La evidencia sugiere una explicación más. En los Estados Unidos, las cuestiones raciales han tenido un papel importante en la determinación de la forma y la índole de los programas de redistribución. Un estudio minucioso demuestra que los demócratas del Sur que eran hostiles hacia los afroamericanos tuvieron un papel crucial en la derrota de la Ley de Pleno Empleo (Full Employment Act),[208] el esfuerzo más ambicioso del presidente Truman por implementar algunos aspectos de la segunda Carta de Derechos. En comparación con los europeos, los norteamericanos son especialmente propensos a pensar en los pobres como procedentes de un grupo racial diferente.[209] Desde que Roosevelt murió, las

respuestas sociales a los programas de redistribución han estado entrelazadas de manera inextricable con cuestiones raciales:

En los Estados Unidos la fragmentación racial y la representación desproporcionada de las minorías entre los pobres claramente han tenido un papel importante en la detención de la redistribución de los ricos a los pobres. […] Esta historia de la redistribución estadounidense deja muy claro que en parte la hostilidad hacia las políticas de bienestar social proviene de que el gasto social en los Estados Unidos va a las minorías en forma desproporcionada.[210]

Esto es muy diferente de la época de Roosevelt, cuando se creía que los programas de redistribución ayudaban a un grupo heterogéneo de ciudadanos, procedentes de diversos grupos raciales, étnicos y religiosos. En el contexto de la Gran Depresión, las propuestas de Roosevelt difícilmente se veían dirigidas a un grupo étnico o racial en particular.

Sin duda, la ausencia de un Estado de bienestar social como en Europa está relacionada con la idea generalizada entre la mayoría blanca de que los programas pertinentes beneficiarían en forma desproporcionada a los afroamericanos (y más recientemente a los hispanos). Aquí no debemos detenernos en los detalles. Ya sea por cuestiones raciales o por otras razones, no cabe duda de que a la cultura estadounidense la incomodan los programas de redistribución a gran escala y que esa incomodidad ayuda a explicar la ausencia de derechos sociales y económicos en la Constitución estadounidense.

El constitucionalismo del New Deal y el cambio cultural

Hay algo de cierto en la explicación cultural. Comencemos con un

sencillo hecho empírico: la existencia de derechos sociales y económicos en la constitución de una nación se correlaciona con la fuerza de los elementos de izquierda en el sistema político de esa nación. Es más probable que las naciones donde hay poderosos grupos socialistas o de izquierda adopten derechos sociales o económicos en su constitución. En los Estados Unidos, un fuerte movimiento socialista podría haber buscado una enmienda constitucional o haber promovido cambios políticos que habrían producido nuevas interpretaciones. Como veremos, otro liderazgo político habría producido una Corte Suprema diferente, que probablemente habría interpretado la Constitución para reconocer algunas partes de la segunda Carta de Derechos. Por eso, está bien insistir en que la ausencia de tales derechos del derecho constitucional de los Estados Unidos se debe en parte a la falta de un movimiento socialista significativo en el país.

Sin embargo, para dar una explicación completa de la situación, el factor cultural claramente no funciona. Las naciones que tienen movimientos socialistas o insisten en obligaciones con los necesitados no siempre incluyen esos derechos en sus documentos fundacionales. Consideremos a Canadá e Israel, países que tienen fuertes movimientos socialistas, pero que carecen de derechos sociales y económicos. Quizá crean que las constituciones no son el lugar apropiado para proteger esos derechos, a pesar de que las legislaturas tengan la obligación de reconocerlos en principio. Tal vez temen que la exigibilidad judicial de los derechos sociales y económicos crearía problemas graves o no sería muy útil. O quizá crean que el propósito de una constitución es proteger a las naciones de problemas particulares a los que da lugar su propia cultura política. Si la cultura política de una nación está comprometida firmemente con algo como la segunda Carta de Derechos, la ausencia de derechos sociales y económicos de la Constitución tal vez se deba a la idea de que no es necesario incluirlos en el documento fundacional.

Por lo demás, un país sin un movimiento socialista fuerte y con una cultura altamente individualista puede tener un entusiasmo considerable por los derechos sociales y económicos, y hasta incluirlos en su documento fundacional. Estos derechos pueden existir sin un movimiento socialista fuerte o algo similar. Nueva

York, por ejemplo, tiene un compromiso constitucional por un mínimo decente, y el socialismo nunca tuvo mucha influencia en ese estado. Para abogar por la segunda Carta de Derechos, no es necesario creer en la propiedad pública de los medios de producción, rechazar la libre empresa o pelear por techos bajos para quienes están en la cima y pisos altos para quienes están abajo. El economista Milton Friedman, que no es socialista, apoya el impuesto negativo sobre la renta, diseñado para proporcionar una red de seguridad social para todos; es fácil pensar en esa misma red en términos de derechos. Varios otros estados del país incluyen algunos ingredientes de la segunda Carta de Derechos en sus constituciones. En esos estados no hubo movimientos socialistas significativos, y no por eso son menos individualistas que aquellos cuyas constituciones carecen de tales disposiciones. Franklin Roosevelt no era socialista; de hecho, creía fervientemente en las instituciones capitalistas, pero estaba comprometido con la "libertad para vivir sin miseria". No invocó esa forma de libertad a pesar de su compromiso con el individualismo, sino a causa de ese compromiso.

Un Roosevelt algo diferente, con el mismo conjunto de creencias acerca de la libertad, podría haber creído que un cambio constitucional que consagrara la segunda Carta de Derechos era el rumbo correcto. ¿Por qué el Roosevelt de los Estados Unidos tomó otro camino? La razón no radica en la cultura del país o en la ausencia de un fuerte movimiento socialista allí, sino en el simple hecho de que Roosevelt creía que el cambio constitucional era difícil, que no se podía confiar en los tribunales y que un cambio en el texto del documento fundacional era mucho menos importante que la voluntad política, es decir, que una afirmación por parte del público de sus compromisos más profundos.

Otra cultura podría haber producido un cambio constitucional. Una nación más proclive a la redistribución a gran escala tendería más a tratar la segunda Carta de Derechos como parte de su constitución. Además, nadie debería negar que las cuestiones raciales han tenido un papel importante en los debates sobre qué pensar acerca de algunos de los derechos que Roosevelt defendía. De todos modos, ninguna parte de la cultura estadounidense es por completo incongruente con la segunda Carta de Derechos. Con un pequeño

empujón o un ligero cambio de énfasis, nuestra cultura podría haber ido, y podría ir, en muchas otras direcciones.

Uno de los problemas más serios de las explicaciones culturales es que tratan a las culturas como si fueran estáticas u homogéneas, cuando en realidad suelen ser dinámicas y estar llenas de elementos discrepantes. En 1925, por ejemplo, los Estados Unidos parecían reacios a cualquier tipo de Estado de bienestar; sus políticas e incluso su Constitución parecían estar firmemente en contra de ese tipo de Estado. Habría sido plausible sostener que el individualismo estadounidense era por completo incongruente con el surgimiento de un Estado nacional de bienestar. Sin embargo, en 1937, un Estado de bienestar estadounidense se hallaba firme en su lugar a escala nacional. En 1965, los Estados Unidos no aceptaron un principio de igualdad de los sexos, y habría sido fácil argumentar que ese principio no era en absoluto coherente con nuestros compromisos culturales. Sin embargo, en 1990, el compromiso con la igualdad de los sexos se volvió una parte determinante de nuestros ideales constitucionales. A fines de la década de 1980, discriminar a los homosexuales era perfectamente legal, y la Corte Suprema había dejado claro que las leyes que prohibían las relaciones homosexuales eran coherentes con la Constitución. De hecho, la Corte declaró que sería "ocurrente" afirmar que nuestra historia cultural planteaba las más mínimas dudas sobre esas leyes. Sin embargo, en 2003, invalidó las leyes que prohibían las relaciones homosexuales, en una amplia decisión que parece responder e impulsar a un componente de nuestra cultura que busca la igualdad de los derechos para gays y lesbianas.

Respecto de la segunda Carta de Derechos, es totalmente inverosímil sugerir que algo en la cultura de la naturaleza predetermina nuestras prácticas, presentes y futuras.

8. La Constitución pragmática de los Estados Unidos

Lo que emocionaba a Roosevelt no era una gran teoría económica o política, sino los logros concretos que las personas podían tocar, ver y usar.

James Macgregor Burns, Roosevelt: el león y el zorro

En la década de 1980, fui uno de los cuatro occidentales invitados a reunirse en Praga con un pequeño grupo de personas encargadas de redactar una nueva constitución para Ucrania. Las conversaciones se desarrollaron en forma directa y fluida, hasta que llegamos al tema de la libertad de expresión. Dos de los redactores ucranianos preguntaron: "¿No deberíamos incluir una disposición que obligue a la prensa a ser objetiva?". Los extranjeros quedaron atónitos ante la pregunta. Yo respondí: "¿Acaso la idea de la libertad de expresión no es permitir que las personas no sean objetivas, que digan lo que quieran?". Mi respuesta fue recibida con un silencio incómodo, como si hubiese dicho una estupidez.

En ese momento, no me resultó fácil entender a qué se debía ese escepticismo. ¿Cómo iba a exigir la Constitución ucraniana que la prensa fuera "objetiva"? ¿Cómo era posible que sus redactores trataran de imponer ese requisito a través del documento fundacional? Los ucranianos no eran tiranos. Por el contrario, estaban claramente comprometidos con la democracia y la libertad de prensa. Algunos de ellos habían desempeñado papeles fundamentales en la separación de la Unión Soviética, no por medio de la violencia, sino gracias a debates sostenidos contra el gobierno comunista. Es cierto, los redactores querían que la Constitución exigiera a la prensa que fuera "objetiva", pero no porque trataran de autorizar al gobierno a castigar a la gente por falta de

objetividad. Su objetivo era expresar una aspiración, en el sentido de que sus periodistas debían intentar, en la mayor medida posible, ser objetivos y no mentir. Al responder mi pregunta con un silencio, estaban diciendo, en esencia, que yo no había entendido en absoluto el punto. Y efectivamente tenían razón, si debía entender que la Constitución expresaba aspiraciones nacionales en lugar de especificar compromisos exigibles.

Constituciones pragmáticas y expresivas

Es crucial distinguir entre dos concepciones del constitucionalismo: la pragmática y la expresiva. Cuando les presentan y proponen una disposición constitucional, los estadounidenses suelen preguntarse: "¿Qué hará esta disposición?", "¿Cómo la aplicarán los tribunales en casos reales?". Estas preguntas tuvieron un papel muy importante en los debates sobre la Enmienda de Igualdad de Derechos que se propuso y habría garantizado la igualdad sobre la base del sexo. ¿Cuál sería el efecto de la Enmienda de Igualdad de Derechos? ¿Implicaría que los baños no pueden ser segregados? ¿Que las mujeres y los hombres tendrían que participar en igualdad de condiciones en el combate militar? Sean o no buenas preguntas, fueron fundamentales en los debates en los Estados Unidos, simplemente porque el pueblo de este país entiende que las disposiciones constitucionales repercuten en el mundo real. Estas disposiciones se toman en serio; las exigen los tribunales, que toman la Constitución como derecho real. De hecho, la idea misma de la ley exige que las constituciones tengan un significado real cercano a su significado en el papel.

Pero otras personas, y no sólo los europeos del Este, creen que las constituciones no incluyen únicamente leyes, sino que también expresan los anhelos más profundos y las aspiraciones más altas de la nación. Les gusta preguntar qué valores afirma cada disposición en principio. Consideran que una constitución incluye principios que equivalen a declaraciones, que quizás no están destinadas a que los tribunales las exijan ni a que todos las cumplan; algo como la

Declaración de Independencia estadounidense, que establece varios principios pero no tiene ningún peso legal: “Sostenemos como evidentes estas verdades: que todos los hombres son creados iguales; que son dotados por su Creador de ciertos derechos inalienables; que entre estos están la vida, la libertad y la búsqueda de la felicidad”. Estas palabras expresan valores básicos, ni más ni menos. En los tribunales, la Declaración de Independencia no tiene carácter legal. En el mundo, algunas disposiciones constitucionales, e incluso algunas constituciones, tienen ese mismo carácter.

Consideremos, por ejemplo, el hecho de que algunas constituciones describen tanto obligaciones como derechos; incluyen lo que se espera que hagan los ciudadanos. El art. 52 de la Constitución de Haití, por ejemplo, enumera las obligaciones de los ciudadanos, que deben respetar los bienes de los demás, prestar asistencia a las personas en peligro, respetar “escrupulosamente” los ingresos y bienes del Estado, y votar en las elecciones. Muchas de las constituciones del mundo simplemente tomaron prestadas sus disposiciones sobre los derechos sociales y económicos de la Declaración Universal de Derechos Humanos. Y, por supuesto, la Declaración Universal es sólo eso: una declaración que establece aspiraciones que nadie puede exigir. Hay dudas respecto de si los derechos sociales y económicos listados en muchas constituciones han sido, o podrían ser, exigidos por los ciudadanos. Para algunas naciones que los incluyen, el tema de su exigibilidad es tangencial.

¿Por qué alguien adoptaría un enfoque expresivo de una constitución? Tal vez la gente crea que una declaración de compromisos básicos tiene valor en sí misma. Quizá sea intrínsecamente valioso para los ciudadanos decir que creen, en principio, en ciertos derechos y obligaciones. O a lo mejor una declaración de compromisos tenga efectos educativos y culturales que inclinarán tanto a los ciudadanos comunes y corrientes como a los funcionarios en la dirección adecuada. Si la legislatura de una nación está decidiendo cómo establecer prioridades, podría ser importante que la constitución creara (por ejemplo) el derecho a la vivienda. Sin embargo, quienes defienden el enfoque pragmático preguntarían si los derechos sociales y económicos realmente corresponden a una constitución exigible que contiene la importante institución de la revisión jurídica. ¿Una constitución

realmente debe crear un “derecho a una remuneración justa y favorable”? ¿A “un nivel de vida adecuado para la salud y el tiempo libre de la” familia, “incluidos alimento, ropa, vivienda y atención médica, y los servicios sociales necesarios”? ¿A “descanso y tiempo libre”? ¿Qué significarían en concreto estas disposiciones? ¿Qué significarían en una nación pobre con un nivel alto de desempleo y con atención médica y viviendas inadecuadas? ¿Qué significarían, concretamente, en un país rico como los Estados Unidos o Francia? Si un país no protegiera los derechos relevantes, ¿autorizarían a los tribunales a intervenir, como suele suceder cuando se violan los derechos?

Aquí es interesante preguntar si existe algún vínculo entre los derechos sociales y económicos y la política gubernamental. Un estudio exhaustivo brinda algunas respuestas parciales, que indican que tales derechos pueden tener efectos reales.[211] Muchas constituciones prometen ayudar a quienes están desempleados, discapacitados o simplemente son pobres, y un derecho constitucional de ese tipo se relaciona fuertemente con mayores transferencias a esas personas, incluso si controlamos otras variables que pueden confundir el análisis. Pero un derecho constitucional a la educación se asocia con gastos menores en educación pública. El derecho a los servicios de salud tiene una asociación positiva con los gastos en salud pública, pero es una asociación débil y no es significativa estadísticamente.

¿No tenemos aspiraciones aquí?

A la luz de la ambigüedad de estas pruebas y el énfasis estadounidense en la exigibilidad judicial de las garantías constitucionales, podríamos explicar que la Constitución de los Estados Unidos no incluye derechos sociales y económicos porque los estadounidenses ven a los derechos constitucionales como instrumentos pragmáticos. La segunda Carta de Derechos no es parte de nuestra Constitución porque no incluimos meras aspiraciones. Queremos que nuestros derechos sean exigibles

mediante los tribunales. Podríamos explicar que tales derechos se incluyen en otras partes del mundo para indicar que son metas, que no necesariamente significan demasiado, si es que significan algo, en la práctica. Estos derechos pretenden ser indicadores, nacionales e internacionales, pero no son instrumentos exigibles judicialmente. Los redactores de la Constitución ucraniana estaban dispuestos a considerar el requisito de que la prensa fuera "objetiva", algo que sería impensable en el contexto estadounidense.

Desde este punto de vista, los estadounidenses no deben ser considerados escépticos ante las garantías sociales y económicas en principio; Ronald Reagan, quien jamás fue un admirador del Estado de bienestar, estaba comprometido con una red de seguridad social. La verdadera fuente del escepticismo estadounidense tiene que ver con el tipo de documento que el pueblo cree que es una constitución en realidad y el tipo de derechos que esta debe incluir. Los norteamericanos desconfían de la idea de que los tribunales supervisen los derechos a la educación, la recreación o el empleo. ¿Los tribunales crearían burocracias? ¿Las supervisarían? ¿Ordenarían aumentar los impuestos? Si la segunda Carta de Derechos colocara a los jueces en una posición administrativa imposible, podría rechazarla como parte de una constitución efectiva por esa misma razón. Tal vez no hay derechos sociales y económicos en la Constitución de los Estados Unidos sólo porque los estadounidenses quieren que su documento fundacional esté sujeto a su exigibilidad real.

Hay cierta verdad importante en esta explicación. Como ya he subrayado, Roosevelt no sugería enmendar la Constitución para incluir la segunda Carta de Derechos, tal vez porque pensaba que no tenía mucho sentido la exigibilidad judicial. En cambio, argumentaba que era responsabilidad del Congreso proteger los derechos relevantes. Desde la época de Roosevelt, los funcionarios políticos, incluso aquellos muy interesados en ayudar a los pobres, no han buscado cambiar la Constitución. El presidente Lyndon Johnson lanzó la guerra contra la pobreza, pero no empleó enmiendas constitucionales para la causa. Al parecer, los funcionarios públicos (y los ciudadanos) se han mostrado escépticos ante las disposiciones constitucionales que podrían ignorarse en la práctica. Veremos que los tribunales estadounidenses han sido

reacios a reconocer los derechos sociales y económicos, en parte porque creen que exigirlos y protegerlos saturaría las capacidades judiciales. Muchos otros países, como la India, han reconocido lo difícil que es exigir judicialmente los derechos sociales y económicos. Y tal como he señalado, tales derechos han servido como aspiraciones, sin efectos evidentes en el mundo real, en algunos países. Cabe destacar que los países cuyas constituciones protegen a las personas de los sectores más bajos parecen hacer un mejor trabajo en la protección de los sectores más bajos. Sin embargo, no resulta fácil demostrar que cuando los países son relativamente propensos a ayudar a los pobres es porque tienen disposiciones constitucionales que exigen esa ayuda.

Problemas y perspectivas

Sin embargo, estos puntos no dan una explicación completa de lo que ocurre en la práctica en los Estados Unidos. Hay tres problemas. El primero es que aun cuando las dificultades con la exigibilidad judicial justifican la práctica estadounidense, no la explican. ¿Cabe argumentar seriamente que la Constitución de los Estados Unidos no incluye derechos sociales y económicos porque sería difícil para los tribunales protegerlos? Podría resultar difícil para los tribunales protegerlos, pero esta cuestión es demasiado técnica, demasiado académica, demasiado bibliográfica para ofrecer una explicación convincente de por qué no se incluyen los derechos sociales y económicos en realidad. Sin lugar a dudas, algunas personas, que de otro modo se inclinarían a aceptar esos derechos, se oponen a incluirlos en la Constitución por los problemas de exigibilidad. Pero es razonable pensar que la mayoría de los que se oponen a su inclusión lo hacen por otras razones.

El segundo problema es que la Constitución estadounidense no es sólo pragmática; también es expresiva. Algunas partes del documento suelen entenderse como aspiraciones estatales que no están sujetas a la exigibilidad judicial. Por ejemplo, exige a los estados que tengan una “forma republicana de gobierno”. El

requisito es importante históricamente; los redactores de la Constitución querían asegurarse de que los estados fueran republicanos en lugar de monárquicos. Pero los tribunales federales no investigan ni monitorean a los gobiernos estatales ni sus prácticas para asegurarse de que realmente merezcan el nombre de "republicanos". De hecho, la Corte Suprema ha dictaminado que el requisito de la forma de gobierno republicano es "no justiciable", vale decir, que los tribunales no pueden exigirlo. La disposición es expresiva en el mismo sentido en que amenazan con serlo las garantías sociales y económicas.

Pero el problema es aún más profundo que eso. Algunas disposiciones de la Carta de Derechos, como la prohibición de las requisas y confiscaciones injustificadas, se violan todos los días. Sería absurdo sostener que todos nuestros derechos constitucionales están protegidos todo el tiempo. Hace algunos años, me robaron el automóvil en Chicago, y un oficial de policía me ayudó a recuperarlo. Mientras caminábamos hacia él, me preguntó cómo me ganaba la vida. Le conté que era profesor de Derecho Constitucional, y me miró sorprendido. Entonces le hice la pregunta obvia: "¿Tiene algún problema con la Constitución?", y me respondió: "Nunca violé la Constitución a menos que diga que violé la Constitución, y nunca digo que violé la Constitución". Lo que me estaba diciendo era que en su trabajo, que a menudo se torna peligroso, no siempre hace lo que exige la Constitución; pero eso no le causa problemas, porque no le cuenta a nadie las veces que se aleja de las normas. De este modo, la Carta de Derechos establece aspiraciones a las cuales nuestra práctica, especialmente en el sistema de justicia penal, no siempre se ajusta. La Carta de Derechos es en parte expresiva.

El último problema es que los tribunales efectivamente podrían adoptar medidas para proteger los derechos sociales y económicos. Con respecto a la posibilidad de exigibilidad judicial, no debemos exagerar las diferencias entre la Carta de Derechos original y la segunda Carta de Derechos. En teoría, muchas de las disposiciones constitucionales existentes podrían parecer difíciles de exigir para los tribunales. Para quienes quieren que las constituciones sean instrumentos pragmáticos, ¿es un problema que esas disposiciones sean vagas? Muchas disposiciones constitucionales son ambiguas:

¿la “libertad de expresión” incluye la publicidad comercial, el discurso de odio, la difamación y las violaciones de la Ley de Derecho de Autor? Estas preguntas no son fáciles de responder, pero los tribunales lo han hecho, y son pocas las personas que sostienen que la dificultad de esa tarea es un argumento para no incluir la libertad de expresión en la Carta de Derechos. La vaguedad también es un problema para la prohibición constitucional de los castigos crueles e inusuales, para el requisito de que los estados otorguen “la protección de las leyes, igual para todos”, para el requisito de “debido proceso” y, de hecho, para la mayor parte de la Carta de Derechos. Si los tribunales no pueden exigir el cumplimiento de la segunda Carta de Derechos, no es porque sus disposiciones sean poco explícitas.

Si hay un problema específico con la exigibilidad judicial de la segunda Carta de Derechos, es que los tribunales no están en una buena posición para insistir en que los recursos deban invertirse en determinado problema y no en otro. No pueden crear burocracias, y es más que incómodo que los jueces pidan a los poderes electos que recauden fondos. Supongamos, por ejemplo, que muchas personas carecen de una vivienda digna, y se pide a los tribunales que le ordenen al gobierno que responda a ese problema en nombre del “derecho a la vivienda”. Tal vez haya que tomar los recursos necesarios para la vivienda de otros programas, algunos de los cuales también protegen partes de la segunda Carta de Derechos, como aquellos que proporcionan educación, capacitación laboral y atención médica. Los recursos dedicados a la segunda Carta de Derechos quizá se desvíen de otros problemas importantes, como la defensa nacional, la protección de la policía y los bomberos. El Poder Legislativo, no el Judicial, es el que supervisa el sistema tributario. Es más, la exigibilidad judicial del derecho a una vivienda digna parecería colocar a los tribunales en una posición administrativa para la que no tienen las herramientas necesarias.

Estos son problemas graves, a los que volveré más adelante. Creo que las dificultades de la exigibilidad judicial sugieren la perdurable sabiduría de la recomendación de Roosevelt de que la segunda Carta de Derechos era responsabilidad de las legislaturas, no de los tribunales. Pero no debemos exagerar los problemas. En los Estados Unidos mismos, las constituciones estatales protegen derechos

sociales y económicos, y varios tribunales están dispuestos a exigirlos en cierta medida.[212] Algunos de los derechos de la segunda Carta de Derechos crean problemas más serios que otros. El derecho básico a la educación, por ejemplo, podría protegerse mediante instituciones existentes, sin necesidad de gastos adicionales. Para todos los derechos de la segunda Carta de Derechos, ya existen burocracias a escala estatal y nacional. Para protegerlos, los tribunales podrían hacer mucho sin necesitar más asignaciones. Más adelante, veremos que los tribunales estadounidenses ya han avanzado en esta dirección. Por ejemplo, exigen a los estados que les concedan audiencias a las personas antes de interrumpir sus prestaciones sociales y que den educación pública gratuita a los hijos de los extranjeros ilegales. En Sudáfrica, los tribunales han tomado medidas para asegurarse de que el gobierno al menos cree "programas" que garanticen una atención mínima a las necesidades básicas, no para supervisar judicial y exhaustivamente el sistema de bienestar ni para exigir que cada individuo tenga una vivienda y alimentos decentes.

Por supuesto, los derechos sociales y económicos saturarían la capacidad judicial. Ningún tribunal, en las naciones pobres o ricas, puede asegurar que todos tengan alimento, ropa, atención médica y vivienda decentes. Siguiendo a Roosevelt, algunas personas razonables podrían concluir que la segunda Carta de Derechos debería considerarse un conjunto de compromisos constitutivos, no una parte formal de la Constitución. Sin embargo, otras personas razonables podrían argumentar que los tribunales podrían tomar medidas para asegurar que las necesidades básicas reciban cierta prioridad legislativa y que se corrijan las formas más evidentes de negligencia.

Al final, es improbable explicar la ausencia de la segunda Carta de Derechos haciendo referencia a los problemas de exigibilidad judicial. Aquí, para entender mejor mi afirmación, debemos prestar atención a algunos acontecimientos extraordinarios en el derecho constitucional de los Estados Unidos, en los que la Corte Suprema dio algunos pasos hacia el reconocimiento de algunas partes importantes de la segunda Carta de Derechos.

9. Cómo la Corte Suprema (casi) adoptó tácitamente la segunda Carta de Derechos

La propiedad no puede tener un enemigo más peligroso, aunque sea involuntario, que aquel que haga de sus pertenencias un pretexto para tener derechos civiles desiguales o exclusivos.

Robert Jackson, "Edwards c. California"

Una de las personas que murió durante los atentados terroristas del 11 de septiembre fue Barbara Olson, conocida abogada, escritora y comentarista de televisión, y también esposa de Theodore Olson, procurador general de los Estados Unidos durante la presidencia de George W. Bush. Pocos meses después de los ataques, el procurador general pronunció la primera conferencia anual en honor a Barbara K. Olson en la reunión de la Sociedad Federalista en Washington, DC.[213] Gran parte del discurso consistía en una comparación entre los compromisos de las naciones libres y los compromisos de los terroristas y déspotas.

En sus extraordinarias y conmovedoras observaciones, Olson no declaró que los Estados Unidos fueran perfectos; no se trataba de una simple celebración de nuestra historia. "Nadie dice que los Estados Unidos no hayan tenido ni tengan hoy en día imperfecciones o defectos". Por el contrario, nuestra "Constitución era innegablemente defectuosa en sus orígenes". Las medidas para implementar nuestros ideales "nunca han estado libres de error, y algunos de nuestros errores han sido vergonzosos". Al mismo tiempo, dijo Olson, "ha habido un progreso constante, aunque a veces errático, desde la articulación de esos ideales nobles hasta la extensión de su realidad a todo nuestro pueblo". Como ejemplo clave, Olson contrastó a "los déspotas que no permitirán que los niños vayan a la escuela" con los Estados Unidos, "cuya Corte

Suprema ha sostenido que no puede negarse educación pública gratuita ni siquiera a quienes están en el país en forma ilegal". De esta manera, Olson, una conservadora designada por un presidente conservador, hablando frente a una audiencia conservadora, expresó su aprobación de la idea de que a nuestro documento fundacional subyace algo por el estilo de un derecho a una "educación pública gratuita".

¿La Constitución realmente resguarda el derecho a la educación? ¿Se ha adoptado esta parte de la segunda Carta de Derechos? De alguna manera, sí. A principios de la década de 1980, Texas promulgó una ley que permitía a los distritos escolares negar la educación pública gratuita a los niños que no habían sido admitidos legalmente en el país. En función de esa ley, un distrito escolar texano decidió que los niños "indocumentados" podían asistir a las escuelas públicas, pero sólo si pagaban una matrícula. En el extraordinario caso de "Plyler c. Doe",[214] un grupo de niños mexicanos en edad escolar se quejó de que la decisión del distrito violaba sus derechos constitucionales. Era un argumento osado, ya que en ninguna parte la Constitución dice explícitamente que las personas tienen derecho a una educación pública gratuita.

Sin embargo, la mayoría de la Corte Suprema estuvo de acuerdo en que Texas había violado la Constitución, e hizo hincapié en que la educación tiene un estatus especial en las sociedades democráticas. "La educación", escribió el juez William Brennan por la mayoría, "provee las herramientas básicas que los individuos necesitan para llevar vidas productivas económicamente en beneficio de todos nosotros". El analfabetismo "es una discapacidad prolongada" que perjudica "al individuo que es privado de una educación básica todos y cada uno de los días de su vida". Una razón radica en la relación estrecha entre la educación y la ciudadanía. "Tanto la importancia de la educación para mantener nuestras instituciones básicas como el impacto duradero de su privación en la vida del niño" hacen que la educación sea algo distintivo. La Corte no concluyó que la educación pública es un derecho protegido constitucionalmente, ni sostuvo que sería una violación de la Constitución que un estado decidiera dejar de lado el asunto de la educación por completo y depender sólo de instituciones privadas. Sin embargo, dejó en claro que cualquier privación selectiva de la

educación pública, tal que se perjudique a algunos niños pero no a otros, tendría serias deficiencias en materia de constitucionalidad. Eso es lo que claramente supone el notable fallo de la Corte según el cual Texas debe brindar una educación pública gratuita a los niños que viven en forma ilegal en los Estados Unidos. Y dado que cualquier privación de la educación pública será inevitablemente selectiva –ningún estado dejará de proporcionar educación pública–, la decisión está muy cerca de decir que, según la Constitución, todos los niños tienen derecho a recibir educación.

¿Cómo llegó la Corte a esta conclusión y a dictaminar que los hijos de los inmigrantes ilegales deben recibir una educación gratuita, en una decisión celebrada por un alto funcionario del gobierno de una administración conservadora inmediatamente después de los ataques del 11 de septiembre?

La cambiante Constitución de los Estados Unidos

He hecho hincapié en que el significado de la Constitución estadounidense cambia con las nuevas interpretaciones. Si se la interpretara con su significado originario, los derechos constitucionales estadounidenses serían mucho menos sólidos de lo que son. Los redactores de la Constitución creían en la libertad de expresión, por lo que incluyeron un derecho a la libertad de expresión en el documento. Sin embargo, su interpretación de tal derecho permitiría una gran cantidad de censura. La interpretación jurídica, en especial a finales del siglo XX, ha llevado a un principio de libertad de expresión mucho más fuerte que cualquier cosa prevista por los redactores y ratificadores de la Primera Enmienda. En su significado originario, nada prohíbe que el gobierno exija que se rece en las escuelas. La separación actual de la Iglesia y el Estado se debe, en su totalidad, a las interpretaciones jurídicas del siglo XX. La mayoría de los estadounidenses se sorprendería al enterarse de que no hay ninguna disposición en la Constitución que prohíba de manera explícita que el gobierno nacional discrimine sobre la base de la raza. Si el Congreso quisiera segregar las fuerzas armadas

o prohibir que los afroamericanos trabajen para el gobierno nacional, no hay nada expreso en la Constitución que se interponga en su camino. (La Decimocuarta Enmienda prohíbe a los estados, no a la nación, negar a cualquier persona "la protección de las leyes".) Cuando se ratificó por primera vez la Carta de Derechos, la discriminación racial era perfectamente aceptable. Sin embargo, la Corte Suprema ha reinterpretado el documento original y ha prohibido la discriminación racial a escala nacional. He mencionado que la Decimocuarta Enmienda, en su ratificación original, no prohibía la discriminación sexual en absoluto. Sin embargo, hoy en día se entiende que la Constitución estadounidense prohíbe la mayoría de las formas de discriminación sexual y, de hecho, incluye una prohibición mucho más fuerte de la que se puede encontrar en muchas de las constituciones mundiales que incluyen prohibiciones explícitas sobre discriminación sexual.

Si la Constitución estadounidense se interpretara con su significado original, implicaría mucho menos de lo que implica ahora, y la protección constitucional de los derechos individuales, lejos de ser una fuente de orgullo, sería algo vergonzoso. Presento aquí mi hipótesis: una interpretación jurídica de la Decimocuarta Enmienda que exigiera gran parte de la segunda Carta de Derechos, de hecho, no extendería el documento más allá de muchas interpretaciones que hoy se dan por sentadas en el derecho constitucional estadounidense. En pocas palabras, lo que la Corte ha hecho es tratar a los derechos constitucionales no como reglas rígidas establecidas de modo definitivo, sino como principios generales que pueden crecer y cambiar con el tiempo. Si la Constitución prohíbe hoy la discriminación sexual y proporciona una amplia protección al discurso expresamente sexual y la publicidad comercial, nunca sería inverosímil interpretarla de manera que proteja parte o toda la segunda Carta de Derechos. No voy a defender la totalidad de esta hipótesis aquí; para hacerlo, debería explayarme mucho acerca de lo que implica la interpretación constitucional. En cambio, voy a basarme sobre la práctica real y en las interpretaciones convencionales. No estoy sugiriendo que la Constitución deba interpretarse de manera que incluya la totalidad o la mayor parte de la segunda Carta de Derechos; sólo describo un camino posible.

Todo esto es bastante abstracto. Lo que llamaré la "explicación

jurídica" de la práctica estadounidense es más concreto. Hace hincapié en que el derecho constitucional estadounidense es, en gran medida, una forma de derecho consuetudinario basado sobre el razonamiento analógico.[215] Al interpretar los derechos constitucionales, la Corte compara el caso en cuestión con casos previos. La explicación jurídica sugiere que el derecho constitucional estadounidense podría haber reconocido fácilmente los derechos sociales y económicos. El acontecimiento histórico crucial fue la elección, en 1968, del presidente Nixon, quien designó a cuatro jueces de la Corte Suprema y así creó una masa crítica de magistrados dispuestos a rechazar la declaración de que los derechos sociales y económicos formaban parte de la Constitución. Por supuesto, sigue siendo necesario explicar la elección del presidente Nixon, y obviamente, algunos factores culturales contribuyeron a su victoria. Sin embargo, fue una elección muy reñida y casi inevitable.

En la década de 1960, la Corte Suprema de los Estados Unidos estuvo muy cerca de dictaminar que la Constitución protege partes importantes de la segunda Carta de Derechos. Más precisamente, sostuvo que algunos de sus elementos están protegidos por la Constitución vigente, e iba en camino a la decisión de que el documento fundacional exige que el gobierno proporcione un mínimo decente para todos. En varias decisiones, la Corte sostuvo que el gobierno debe permitir que los pobres protejan sus intereses y debe proporcionarles los recursos para hacerlo. Frank Michelman, profesor de Derecho de la Universidad de Harvard, escribió en 1969 que "la Corte ha protegido directamente a los pobres de las consecuencias más elementales de la pobreza: la falta de fondos para intercambiar bienes, servicios y privilegios de acceso necesarios".[216] El análisis de Michelman fue extremadamente influyente; decenas de tribunales y cientos de tratadistas jurídicos han citado su ensayo. De todos modos, hacia 1974, la Corte había retrocedido, por lo que no había más protección. En el derecho estadounidense, esta es la revolución que no fue.

¿Qué impidió la revolución? La respuesta es simple: en una de las elecciones más reñidas de la historia estadounidense, Richard Nixon derrotó a Hubert Humphrey. Si las elecciones se hubieran llevado a cabo dos semanas después, Humphrey, cuya candidatura estaba en

ascenso, podría haber ganado. Si el candidato del tercer partido, Eugene McCarthy, hubiera abandonado la carrera, Humphrey habría ganado casi con seguridad. Y si hubiera sido electo, con total seguridad habría nombrado jueces que interpretaran la Constitución de manera tal que protegiera los derechos sociales y económicos.

Los cuatro jueces que el presidente Nixon designó fueron el presidente de la Corte Warren Burger y los magistrados Harry Blackmun, Lewis Powell y William Rehnquist. Para la sorpresa de muchos y la decepción prolongada de otros, estos jueces no llevaron a la Corte hacia la derecha radicalmente. El camino de la Corte de Burger no fue muy diferente del de la Corte de Warren, aunque el área de los derechos sociales y económicos es la única excepción crucial. La Corte de Warren sentó las bases para algunos avances extraordinarios, al exigir al gobierno que proporcionara asistencia financiera y de otra índole a quienes la necesitaran. La Corte de Burger cortó de raíz esas decisiones y, en 1975, la totalidad de la idea de las garantías mínimas de bienestar se había vuelto improbable.

Los acontecimientos que quiero describir constituyen un episodio extraordinario e ignorado de la historia estadounidense y también contienen muchas lecciones. Sobre todo, sugieren que habría sido bastante posible que los Estados Unidos tuvieran un conjunto muy diferente de interpretaciones constitucionales y demuestran hasta qué punto el significado constitucional depende de los miembros particulares de la Corte. Desde el punto de vista del siglo XXI, resulta absurdo pensar que la Constitución protege alguna parte significativa de la segunda Carta de Derechos, pero a fines de los años sesenta, la Corte parecía encaminada a dictaminar que la libertad para vivir en dignidad era un derecho constitucional.

Los orígenes

La idea de que la Constitución podría proteger derechos sociales y económicos se remonta a 1941,[217] una decisión poco conocida de la Corte Suprema (sorprendentemente, el mismo año en que

Roosevelt pronunció su discurso de las cuatro libertades). California había promulgado una ley que prohibía a la gente ingresar indigentes en el estado. La Corte dictaminó que la prohibición violaba la cláusula de comercio. Los estados no tienen derecho a regular el comercio interestatal y, si alguno prohíbe a la gente transportar a pobres de un estado a otro, está regulando en efecto ese comercio. Pero la Corte fue incluso más allá y sugirió que no se permitiría a los estados discriminar a los pobres. "Cualquiera haya sido la noción [antes predominante], no creemos que no vaya a haber quienes afirmen con seriedad que, porque una persona carece de empleo y de fondos, eso la convierte en una 'pestilencia moral'. 'Pobreza' e 'inmoralidad' no son sinónimos". De esta manera, la Corte demostró la influencia clara del New Deal.

El juez Robert Jackson, asesor cercano a Roosevelt y su ex procurador general, fue mucho más allá, al hacer hincapié en la idea de ciudadanía:

Debemos decir ahora, y en términos inequívocos, que un estado no puede utilizar el mero estatus de propiedad de un hombre para evaluar, calificar o limitar sus derechos como ciudadano de los Estados Unidos. La "indigencia" en sí no es una fuente de derechos ni un fundamento para negarlos. El mero estado de no tener fondos es un hecho neutral; irrelevante constitucionalmente, como la raza, el credo y el color. […] Cualquier medida que divida nuestra ciudadanía sobre la base de la propiedad en una clase libre de moverse de un estado a otro y otra clase atada por la pobreza al lugar donde ha sufrido su desventura no sólo se enfrenta a los hábitos y costumbres con que nuestro país se ha desarrollado, sino que también demuestra estrechez de miras con un golpe a la seguridad de la propiedad en sí. La propiedad no puede tener un enemigo más peligroso, aunque sea involuntario, que aquel que haga de sus pertenencias un pretexto para tener derechos civiles desiguales o exclusivos.

Podríamos interpretar que este pasaje, y en especial la última oración de Jackson, tiene implicaciones de amplio alcance. De

hecho, Jackson hablaba el idioma de Roosevelt aquí. Pero el fallo de la Corte fue bastante estrecho de miras: todo lo que hizo fue prohibir a los gobiernos que discriminen a los pobres, por ejemplo, con leyes que digan que las personas con bajos ingresos o escasos ahorros no pueden usar los parques públicos o las calles. Tales leyes son extremadamente escasas. Cuando los estados establecen que todos, tanto los pobres como los ricos, deben pagar cierto beneficio social, surgen problemas más serios que la decisión de la Corte no resuelve. Imaginemos, por ejemplo, que el gobierno exige que todo el pueblo pague por la educación y por los abogados. ¿Es constitucional eso? Si no lo es, la Constitución ya propende hacia la segunda Carta de Derechos. Cuando alguien reclama un derecho afirmativo al empleo, la asistencia médica, el bienestar o la seguridad social, surgen casos más difíciles. En un período corto de 1957 a 1969, la Corte analizó varias cuestiones de este tipo y respondió con clemencia a las quejas de la gente. En algunos casos, llegó a sostener que el gobierno debe subsidiar a los pobres en ciertas esferas.

El derecho a proteger los derechos: litigar y votar

Comencemos con el derecho a litigar, el derecho a proteger nuestros derechos. Litigar es costoso. No podemos hacerlo si no tenemos los fondos suficientes. Uno de los primeros indicadores de esto se remonta a 1956, al caso “Griffin c. Illinois”.[218] En ese momento, la Corte Suprema sostuvo que la cláusula de igual protección exige que los estados proporcionen las transcripciones de los juicios (o su equivalente) sin costo alguno para los pobres que apelan sus condenas. Al defender su práctica de cobrar por estos documentos, Illinois alegó que no había problema alguno de discriminación: tanto los pobres como los ricos debían pagar por las transcripciones; no se trataba a los que no tenían dinero peor que a los demás. La Corte respondió que una “ley no discriminatoria en apariencia puede ser extremadamente discriminatoria en su aplicación. […] En los juicios penales, un estado no puede discriminar sobre la base de la pobreza, como tampoco lo hace sobre la base de la religión, la

raza o el color". También se expresó en términos más generales: "Proporcionar una justicia igual para pobres y ricos, débiles y fuertes, es un problema milenario. Jamás hemos dejado de anhelar esa meta y luchar por acercarnos a ella".

La Corte se basó en este fallo de "Griffin c. Illinois" en su crucial decisión de 1963 del caso "Gideon c. Wainwright" –una de las más conocidas en el derecho estadounidense–, que suele celebrarse como un esfuerzo para mejorar el compromiso constitucional de dar a todos la asistencia de un asesoramiento legal en los procesos penales. También constituyó un paso pequeño pero inconfundible hacia el reconocimiento de los derechos sociales y económicos. El fallo central de "Gideon c. Wainwright" afirma que la Constitución exige que el Estado pague el abogado defensor en los procesos penales. La Corte hizo hincapié en que el dinero es fundamental para el funcionamiento del sistema de justicia penal: "Los gobiernos, tanto estatales como federales, invierten bastante bien grandes sumas de dinero para establecer mecanismos con que juzgar a los acusados de delitos", y agregó que no puede ofrecerse una justicia imparcial a menos que el Estado financie la asistencia legal a los imputados que carecen de recursos:

Desde el principio, nuestras constituciones y leyes estatales y nacionales han puesto un gran énfasis en las salvaguardias de procedimiento y sustanciales, diseñadas para asegurar juicios justos ante tribunales imparciales en los cuales todos los acusados son iguales ante la justicia. Este ideal noble no se puede concretar si el pobre acusado de delito tiene que enfrentarse a sus acusadores sin la ayuda de un abogado.

La decisión de "Gideon c. Wainwright" enfatizó con claridad los problemas de la libertad, no sólo de la igualdad. Si el Estado pudiera encarcelar a las personas sin ofrecerles una defensa adecuada, la libertad individual estaría evidentemente en riesgo. (Recordemos la sugerencia de Roosevelt: "Los hombres necesitados no son hombres libres".)

En el caso “Douglas c. California”,[219] también decidido en 1963, la Corte fue más allá. Sobre la base de “Griffin c. Illinois”, dictaminó que los pobres deben recibir asesoramiento legal en su primera apelación de una condena. Negar tal asesoramiento, señaló, sería una forma “odiosa” de “discriminación”. Ocho años después, se vivió un avance aún más llamativo. En el caso “Boddie c. Connecticut”,[220] se pidió a la Corte que extendiera sus decisiones más allá del ámbito penal e indicara que incluso en el ámbito civil del divorcio el Estado debía pagar los honorarios y costos de los indigentes. La Corte aceptó y reconoció que los casos anteriores habían incluido a acusados de delitos penales, no a personas “que buscan acceso al proceso judicial en primera instancia”, pero hizo hincapié en que, en algunos casos, recurrir a los tribunales es “el único medio legítimo y disponible para resolver disputas privadas”. Por la importancia del matrimonio y porque el Estado monopolizó “los medios para disolver legalmente esta relación”, la Constitución no permitía que el gobierno negara el acceso de los pobres a los tribunales. En otras palabras, el Estado tiene la obligación afirmativa de subsidiar los divorcios que los pobres solicitan.

El fallo de la Corte en “Boddie c. Connecticut” generó debates intensos. ¿La decisión significaba que los pobres tienen derecho a recibir ayuda del Estado siempre que sean acusados en casos civiles? ¿Siempre que inicien un pleito para objetar la negación de planes de servicios sociales? ¿Siempre que intenten declararse en quiebra? ¿Siempre que demanden a alguien? Los comentaristas académicos de esa época sugirieron que, en principio, iba a ser extremadamente difícil limitar la decisión de “Boddie c. Connecticut” al contexto del matrimonio.[221] El Estado tiene un monopolio sobre el matrimonio y el divorcio, y tal vez ese factor los vuelva contextos únicos. Sin embargo, en la práctica el sistema legal también tiene el monopolio del uso lícito de la fuerza. ¿El fallo de “Boddie c. Connecticut” sugirió que el Estado debía subsidiar a quienes querían proteger sus derechos en los tribunales? Si es así, la Corte no llegaría tan lejos como la segunda Carta de Derechos, pero estaría en camino a exigir que el Estado asista a los pobres en varias esferas. Tal vez habría que darles recursos para proteger sus derechos por medios legales. Por el derecho a litigar, parecía inminente que hubiera avances radicales.

Protegemos nuestros derechos mediante la política, no sólo mediante los tribunales, y operar un sistema de votación es costoso. El Estado puede decidir cobrar un impuesto al voto para cubrir ese gasto, y así obligar a los votantes a pagar para emitir su voto (algo similar al peaje en la autopista). Históricamente, los impuestos al voto han tenido un papel importante en las democracias, incluso en Inglaterra y los Estados Unidos. Pero ¿los impuestos estatales al voto son inconstitucionales de acuerdo con la Decimocuarta Enmienda? Durante décadas, nadie siquiera planteó esta pregunta. La validez del impuesto al voto estaba totalmente a salvo. En 1964, se enmendó la Constitución federal para prohibir los impuestos al voto en las elecciones federales, pero el hecho de que no se prohibieran en las elecciones estatales pareció sugerir que la Constitución nacional los permitía.

En 1966, la Corte Suprema dio un paso más hacia los derechos sociales y económicos al anular un impuesto estatal al voto (de US $1,50, que impuso Virginia).[222] Al hacerlo, dictaminó en efecto que los estados deben proporcionar la votación libre de cargos. Reviviendo la opinión concordante de Jackson de 1941, la Corte estableció que “la riqueza, al igual que la raza, el credo y el color, no está relacionada con la capacidad de las personas de participar inteligentemente en el proceso electoral”. Añadió que “desaprueba” las líneas “que se trazan sobre la base de la riqueza o la propiedad, como las de la raza”. Como si hubiese querido subrayar la novedad de lo que estaba haciendo, destacó que la Constitución y su cláusula de igual protección no están “atadas a la teoría política de una época específica”. Las nociones de igualdad según la Constitución –afirmó la Corte– “efectivamente cambian”.

El razonamiento de la Corte tiene dos características peculiarmente llamativas. La primera es la sugerencia de que un arancel requerido puede considerarse una forma de discriminación inadmisible. Si es así, diversos tipos de aranceles requeridos son inconstitucionales. ¿Qué ocurre con aranceles para la educación, la atención médica, la vivienda o el alimento? Si son objetables, el Estado podría tener la obligación de brindar ayuda financiera a los pobres en varias esferas. La idea de que aranceles en apariencia neutrales son “discriminación” podría tener implicaciones extremadamente amplias. La segunda característica digna de mención es el énfasis de

la Corte en la naturaleza cambiante de los requisitos constitucionales. Si el significado de la Constitución no está "atado" a ninguna época específica, quizá sea posible, a su debido tiempo, reconocer una amplia gama de derechos sociales y económicos. En el caso de los impuestos al voto, la Corte plantó una semilla que podría haberse convertido en un gran roble.

La libertad para vivir en dignidad

En otros casos, la Corte fue aún más lejos. En "Shapiro c. Thompson",[223] pareció cerca de afirmar que la Constitución confería un derecho a planes de servicios sociales. El caso involucró una ley de California que imponía a los recién llegados al estado un período de espera de un año para poder recibir planes de servicios sociales. Obviamente, el Estado intentaba no convertirse en un imán de pobres. ¿Esto era constitucional? California argumentó que los estados deberían tener el derecho de establecer períodos de espera para evitar fraudes y proteger a los contribuyentes locales de una inundación de personas de otros estados en busca de los beneficios. Como respuesta, quienes estaban en contra de la ley sostenían que el tiempo de espera los discriminaba al privarlos de las necesidades básicas para vivir.

La Corte estuvo de acuerdo con ellos. Para anular el tiempo de espera, se basó sobre el derecho constitucional a viajar. Exigir un tiempo de espera sería "penalizar" a los viajeros empobrecidos, por lo que violaría su derecho constitucional de moverse de un estado a otro. Por sí sola, esta conclusión parecía plantear la posibilidad de que los estados tuvieran la obligación de proporcionar planes de servicios sociales, y tal vez en niveles bastante generosos. Si un Estado no tuviera planes de servicios sociales en absoluto, ¿también estaría "penalizando" a los viajeros? Si ofreciera planes de servicios sociales significativamente menores que los de los estados vecinos, ¿también estaría "penalizando" a los viajeros? La Corte se refirió de manera explícita a las necesidades especiales de los pobres, al sugerir que esas necesidades eran relevantes como tema

constitucional. En palabras del tribunal, California negó "el apoyo social del cual podía depender la capacidad de las familias de obtener los medios para subsistir: alimento, vivienda y otras necesidades vitales". Si la decisión se limitaba sólo al derecho a viajar, esta sugerencia parecería no tener propósito. Por lo tanto, el énfasis de la Corte en "alimento, vivienda y otras necesidades vitales" al parecer reconoció el estatus especial de al menos algunas partes de la segunda Carta de Derechos. La opinión del caso "Shapiro c. Thompson" representa algunas de las afirmaciones más importantes de Roosevelt respecto de los derechos individuales.

Algunos años después, la Corte fue aún más lejos, en el caso "Hospital Memorial c. Condado de Maricopa".[224] Arizona exigía una residencia de un año en el condado como condición para recibir atención médica programada a cargo del condado y argumentaba que ese tipo de atención era muy diferente de "los medios para subsistir" y que nada tenía que ver el derecho a viajar. La Corte Suprema no estuvo de acuerdo y sostuvo que en el caso "Shapiro c. Thompson" la "denegación de las 'necesidades vitales' era un castigo". Haciéndose eco de Roosevelt, agregó que está "claro que la atención médica es una 'necesidad vital' para un indigente, tal como la ayuda social". Así, la mayoría de la Corte dijo que sería "extraño" concluir que un Estado debe proporcionar a una persona pobre "ayuda social para mantenerla alejada de la incomodidad de una vivienda inadecuada o las punzadas de hambre, pero podía negarle la atención médica necesaria para aliviar la sibilancia y los jadeos de su enfermedad". Sobre la base de estas palabras, no resultaría inadmisible considerar que la Corte sugiere que la Constitución exige que el Estado proporcione cierto grado de atención médica.

Por supuesto, estas decisiones no llegaron muy lejos. En "Shapiro c. Thompson" y "Hospital Memorial c. Condado de Maricopa", la Corte lidiaba con una forma de discriminación. No afirmó que la Constitución exige al gobierno proporcionar a todos los ciudadanos un mínimo básico. En su decisión de 1970 del caso "Goldberg c. Kelly",[225] la Corte emitió un fallo particularmente extraordinario. En ese caso, concluyó que los planes de servicios sociales se consideran una suerte de "propiedad nueva", con derecho a la protección de la cláusula del debido proceso de la Constitución. El problema surgió porque Nueva York se negaba a

dar una audiencia completa a las personas antes de retirarlas de las listas de beneficiarios de los planes sociales. ¿Eso estaba permitido constitucionalmente? Según la cláusula del debido proceso, los individuos tienen derecho a una audiencia sólo si pueden demostrar que su "vida, libertad o propiedad" están en riesgo. Pero desde los inicios de la nación, los planes de servicios sociales habían sido considerados un mero privilegio, no un derecho. Indudablemente, dichos beneficios no eran "libertad" ni "propiedad" en el sentido de la Constitución. La Corte limitó la categoría de derechos al antiguo tipo de "propiedad", como la tierra, el dinero en efectivo, las cuentas bancarias y las inversiones. Los beneficios gubernamentales correspondían a otra categoría. Por supuesto, Roosevelt creía que el mínimo decente debía considerarse una cuestión de derecho, no caridad, pero la Constitución no se interpretaba en términos rooseveltianos. Para lograr su objetivo, los beneficiarios de la ayuda social debían convencer a la Corte de que reconsiderara su visión histórica sobre el significado de la Constitución.

Sus argumentos eran bastante fuertes. Después del New Deal, la distinción entre los derechos y los privilegios fue cada vez más difícil de mantener. Los derechos de propiedad tradicionales no vienen del cielo, sino de las leyes. Mientras gozamos de ellos, sólo existen porque el gobierno está dispuesto a crearlos y protegerlos. ¿Qué diferencia tienen los planes de servicios sociales? Luego del New Deal, fue muy difícil responder esta pregunta. Parecía totalmente inaudito tratar los planes de servicios sociales como en esencia diferentes de la propiedad convencional.

En "Goldberg c. Kelly", la Corte abandonó la distinción entre derecho y privilegio, y dictaminó que los beneficios sociales eran, de hecho, una forma de "propiedad" constitucional. Según la cláusula del debido proceso, el gobierno debe proporcionar una audiencia a las personas antes de eliminarlas de las listas de beneficiarios. En "Goldberg c. Kelly", la Corte hizo hincapié en la "cruel necesidad" de quienes dependen de los planes de servicios sociales. En su pasaje más extraordinario, señaló: "Desde su fundación, el compromiso básico de la Nación ha sido fomentar la dignidad y el bienestar de todas las personas dentro de sus fronteras. Hemos llegado a reconocer que algunas fuerzas que los pobres no controlan contribuyen a su pobreza". Es un recordatorio

claro de una de las principales enseñanzas que dejó la Gran Depresión. La Corte continuó:

Los beneficios sociales, al satisfacer las demandas básicas de subsistencia, pueden ayudar a poner al alcance de los pobres las mismas oportunidades que tienen otros de participar de manera significativa en la vida de la comunidad. La asistencia [pública], pues, no es mera caridad, sino un medio para "promover el bienestar general y asegurar las bendiciones de la libertad para nosotros y nuestra posteridad".

Y en una nota al pie clave, afirmó: "Tal vez hoy sea realista considerar los privilegios sociales más como una 'propiedad' que como una 'gratificación'. Una gran parte de la riqueza de este país toma la forma de derechos que no se ajustan a los conceptos tradicionales de propiedad según la ley consuetudinaria".

"Goldberg c. Kelly" no señaló que el gobierno debía ofrecer planes de servicios sociales en primer lugar. Sólo sostuvo que si el gobierno quería eliminar a personas de sus listas de beneficiarios, debía darles una audiencia. Pero con su llamativa referencia a la Constitución misma, la Corte pareció señalar su inclinación por considerar la posibilidad de que la Constitución garantiza un derecho a la subsistencia para los necesitados. De hecho, la referencia de la Corte a las "bendiciones de la libertad", una frase del preámbulo de la Constitución, sugirió, de manera rooseveltiana, que los planes de servicios sociales eran centrales tanto para la libertad como para la ciudadanía. Por lo tanto, la asistencia pública no sólo ayuda a las personas a llevar una vida decente, sino también a "participar de manera significativa en la vida de la comunidad". Al parecer, la Corte pensó, al igual que Roosevelt, que "los hombres necesitados no son hombres libres".

La contrarrevolución

A finales de la década de 1960, la Corte parecía avanzar hacia el reconocimiento de un conjunto sólido de derechos sociales y económicos.[226] Escritos académicos prominentes sugerían que se movía a gran velocidad en esa misma dirección. Todas las piezas estaban firmes en su lugar. En “Griffin c. Illinois”, “Gideon c. Wainwright”, “Douglas c. California”, “Boddie c. Connecticut” y “Harper c. Junta de Elecciones de Virginia”, la Corte sostuvo que el gobierno debía permitir que los pobres accedieran a los tribunales y a las votaciones, incluso a expensas de los contribuyentes. En “Shapiro c. Thompson”, dictaminó que el gobierno no podía imponer tiempos de espera a los recién llegados al estado y sugirió con firmeza que miraría con recelo cualquier medida gubernamental para eliminar “alimento, vivienda y otras necesidades vitales”. En “Goldberg c. Kelly”, estableció que los planes de servicios sociales iban mucho más allá de la “mera caridad” y que eran necesarios para “asegurar las bendiciones de la libertad”.

Si existen universos paralelos, seguramente en uno de ellos la Corte Suprema se basó en estas decisiones para sostener que el gobierno tiene la obligación afirmativa de asegurar que los ciudadanos tengan “alimento, vivienda y otras necesidades vitales”. En ese universo, la mayor parte de la segunda Carta de Derechos de Roosevelt es una parte establecida sólidamente de la Constitución estadounidense.

¿Por qué no es ese nuestro universo? ¿Qué pasó? Los acontecimientos cruciales fueron la elección del presidente Nixon en 1968 y sus cuatro designaciones a la Corte Suprema: Warren Burger en 1969, Harry Blackmun en 1970, más Lewis Powell y William Rehnquist en 1972, que produjeron una secuencia increíble de decisiones que, sin pausa, limitaron el alcance de los fallos que acabamos de describir y, con el tiempo, dejaron en claro que la mayor parte del tiempo los derechos sociales y económicos no tienen estatus constitucional alguno.

La primera señal de la Corte de Burger se vio en el fallo de “Dandridge c. Williams”,[227] decidido en 1970. Los demandantes intentaban persuadir a la Corte de dar un paso más hacia el

reconocimiento del derecho constitucional al bienestar. El caso impugnaba una ley de Maryland que establecía un máximo de US $250 mensuales en subsidios sociales a las familias pobres. Los demandantes se quejaban de que este techo discriminaba a los niños pobres de las familias numerosas. Los beneficios per cápita para un niño en una familia de, digamos, ocho miembros serían mucho menores que los de un niño de una familia de tres miembros.

Sobre la base de los precedentes que he descripto, un tribunal federal de apelaciones aceptó con entusiasmo este argumento y concluyó que la ley de Maryland equivalía a una forma de discriminación inconstitucional. Según el tribunal, el Estado debía evitar enérgicamente cualquier tipo de discriminación contra los miembros del grupo de beneficiarios de las prestaciones sociales. El tribunal no declaró que todos los estadounidenses tenían derecho a recibir planes de servicios sociales, pero su decisión tuvo un alcance casi tan amplio como eso. Los planes sociales deben trazar líneas, y el tribunal inferior insistió en que cualquier línea sería evaluada cuidadosamente para asegurar que no comprometía el acceso de ninguna persona a las necesidades básicas. Desde luego, Maryland intentaba controlar los costos, y también evitar que las mujeres pobres tuvieran un incentivo para dar a luz más niños, justificaciones que el tribunal inferior consideró insuficientes.

Bajo el nuevo liderazgo del presidente Warren Burger, la Corte Suprema revocó lo decidido por el tribunal inferior. Su razonamiento fue más importante que su conclusión. La Corte anunció que no se ocuparía de los detalles de los planes sociales, aunque parecieran discriminatorios, e incluso si estos hacían distinciones que parecían injustificadas y duras. Así, sabía exactamente lo que estaba haciendo. Era consciente de que algunos de sus precedentes daban la sensación de apuntar hacia otra dirección y sugerir que ese alto tribunal protegería sobre todo los intereses de los pobres. La Corte de Burger reconoció que la "prestación de asistencia pública […] incluye las necesidades más básicas de los seres humanos empobrecidos". Concordó en que el caso de "Dandridge c. Williams" era diferente de otros casos en que había defendido "la regulación estatal del negocio o la industria", pero esta "diferencia fáctica tan real" no creaba "ninguna base para aplicar un estándar constitucional diferente". Por lo tanto, sólo

exigiría a Maryland que demostrara que su decisión era mínimamente racional, vale decir, que, en la práctica, se permitiría cualquier distinción por mínima que fuera.

En su opinión en disidencia, el juez Marshall, al que se sumó el juez Brennan, se mostró incrédulo. Objetó "la emasculación por parte de la Corte de la cláusula de igual protección como un principio constitucional aplicable al área de prestación de ayuda social". Para Marshall, la ley de Maryland presentaba una negación fundamental del trato igualitario. Mientras algunas familias necesitadas recibían pagos de subsistencia completos, a otras se les otorgaba mucho menos de lo que necesitaban. En una nota al pie excepcional, Marshall se refirió con aprobación a trabajos académicos a favor del derecho a la asistencia social. También citó el art. 25 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, que confiere exactamente ese derecho. Con eso, el juez Marshall indicó su propensión a interpretar que la Constitución confiere algo así como un derecho a la libertad para vivir en dignidad.

La de "Dandridge c. Williams" fue sólo una decisión y no necesariamente fue muy importante. Después de todo, Maryland proporcionaba planes de servicios sociales a todos. Tal vez el techo por familia podía entenderse como una medida para asegurarse contra la discriminación a favor de las familias numerosas. Un avance importante que implicó un posible derecho a la vivienda se produjo dos años después en "Lindsey c. Normet".[228] Donald y Edna Lindsey pagaban US$100 al mes para usar una residencia unifamiliar en Portland, Oregón, hasta que el Departamento de Viviendas de la Ciudad (City Bureau of Buildings) la declaró no adecuada para la residencia de personas. Los inspectores relevaron ventanas rotas, saneamiento inadecuado, falta de escalones en la parte trasera, canaletas oxidadas y yeso roto; todo eso violaba el código de vivienda de Portland. Como respuesta, los Lindsey se negaron a pagar el alquiler hasta que se hicieran las mejoras correspondientes. En ese momento, el propietario amenazó con obtener una orden judicial para desalojarlos a menos que recibiese esa renta. Bajo la ley de Oregón, los inquilinos podían ser desalojados de la propiedad si no pagaban el alquiler dentro de los diez días de la fecha de vencimiento.

Los Lindsey iniciaron la demanda sosteniendo que el procedimiento de desalojo de Oregón era inconstitucional. Argumentaban que el derecho a la vivienda tenía un estatus especial según la Constitución. La "necesidad de una vivienda digna" y el "derecho a conservar la posesión pacífica del hogar propio" –afirmaban– son intereses básicos en la Constitución, en gran parte debido a su particular importancia para los pobres. El gobierno sólo podía interferir con esos intereses si demostraba tener una muy buena razón para hacerlo. Es evidente que los Lindsey intentaban leer la Constitución para crear una parte importante de la segunda Carta de Derechos: el derecho a una vivienda digna. Sobre la base de "Dandridge c. Williams", la Corte Suprema rechazó ese argumento. Además de negar cualquier intención de "denigrar la importancia de una vivienda digna, segura y sanitaria", agregó que la "Constitución no ofrece remedios judiciales para cada mal social y económico. No podemos percibir en ese documento garantía constitucional alguna de acceso a viviendas de una calidad particular".

La de "Lindsey c. Normet" fue una decisión importante. Sin embargo, el paso decisivo llegó en 1973, con el fallo de la Corte en el caso "Distrito Escolar Independiente de San Antonio c. Rodriguez".[229] En ese momento, los cuatro designados por Nixon ya eran jueces. Junto con el juez Stewart, conformaron la mayoría de 5-4. Todos los jueces pre-Nixon disentían. Este caso marcó el fin de la idea de que la Constitución protege derechos sociales y económicos.

Lo que estaba en discusión era una impugnación constitucional al sistema de Texas por financiar escuelas públicas que aparentemente discriminaban a los pobres. Los fondos para las escuelas públicas se basaban en parte en el nivel de la riqueza imponible de cada área, por lo que los gastos por alumno eran mucho más altos en las zonas ricas que en las pobres. En las zonas más pobres, donde en general había un alto porcentaje de alumnos pertenecientes a minorías, los gastos por alumno eran sólo el 37% de lo que eran en las zonas más ricas. Por cada US$1000 gastados por niño en las áreas ricas, sólo se gastaban US$370 por niño en las áreas más pobres. Sobre la base de las decisiones de la Corte Suprema respecto de la discriminación según la riqueza, el tribunal inferior dictaminó que este sistema era

inaceptable constitucionalmente. Había dos razones por las que la Corte Suprema podría haber estado de acuerdo. En primer lugar, el sistema de Texas podía considerarse una forma de discriminación contra los pobres. En segundo lugar, el derecho a la educación podría considerarse un derecho fundamental. En todo caso, el sistema de financiación de Texas probablemente tendría que ser derogado, pero la Corte concluyó lo contrario.

La Corte dictaminó que no había discriminación alguna contra los pobres, y su razonamiento fue el siguiente: "Griffin c. Illinois" y "Douglas c. California" involucraban a personas que eran completamente incapaces de pagar por un beneficio importante y por eso enfrentaban una "privación absoluta" de la oportunidad de gozar de ese beneficio. El sistema de Texas no tenía ninguna de esas características. Había pobres en los distritos ricos y en los distritos pobres. Todos en Texas recibían algún tipo de educación, por lo que no había privación absoluta. En una nota al pie, la Corte observó que en caso de que la educación sólo estuviera disponible para quienes pueden pagar una matrícula evaluada para cada alumno, habría una privación absoluta. Dicho escenario presentaría "un conjunto de circunstancias mucho más convincentes para la intervención judicial". Así, la Corte dejó abierta la posibilidad de que pudiera encontrarse en la Constitución un mínimo derecho a la educación. Mientras todos estuvieran por encima del mínimo, las diferencias en los gastos por alumno no se considerarían causantes de problemas constitucionales serios.

La Corte también rechazó la afirmación de que la educación era "fundamental" para fines constitucionales. Sin lugar a dudas, la educación es extremadamente importante. Sin embargo, para la Corte, la verdadera cuestión es si la Constitución protege de manera implícita o explícita el derecho a la educación. Aquí la Corte era escéptica. Reconocía que la educación "es esencial para el ejercicio efectivo de las libertades de la Primera Enmienda y para el uso inteligente del derecho al voto", pero mientras no se negaran por completo las oportunidades educativas, no era suficiente señalar una mera conexión entre la educación y los derechos garantizados por la Constitución. "Por ejemplo, ¿cómo se puede distinguir la educación de los intereses personales significativos en […] el alimento y la vivienda decente? Un análisis empírico podría

reforzar la suposición de que las personas que están desnutridas, no tienen ropa o una vivienda digna se encuentran entre los participantes más ineficaces del proceso político".

Este pasaje notable tiene un parecido inquietante con el fallo de "Goldberg c. Kelly" y con el propio Roosevelt, quien había hablado de la gente que "está desnutrida, no tiene ropa o una vivienda digna" y había sugerido que estas formas de angustia equivalían a la falta de libertad. Además, la idea de que aquellos que están desnutridos y no tienen ropa o una vivienda digna son "los participantes más ineficaces" se acerca a la sugerencia de la Corte en "Goldberg c. Kelly" de que la ayuda social permite a las personas convertirse en participantes de la comunidad. Lo extraño es que otra Corte Suprema podría haber llegado a la conclusión de que, dado que los pobres son participantes ineficaces, la Constitución exige al gobierno que produzca una muy buena razón para cualquier programa que los discrimine. Sin embargo, durante la presidencia de Burger, la Corte Suprema fue en la dirección opuesta. Consideró absurda esta conclusión y trató de resistirse a las implicaciones potencialmente radicales de cualquier esfuerzo por tomar en serio, para fines constitucionales, la difícil situación de los pobres. Así, el fallo de "Distrito Escolar Independiente de San Antonio c. Rodriguez" puso fin al surgimiento de los derechos sociales y económicos en los Estados Unidos.

Podemos ver el contorno del universo paralelo en la opinión disidente del juez Marshall, quien estaba de acuerdo en que para decidir si los intereses eran "fundamentales", era necesario analizar el texto de la Constitución. Para él, la tarea principal era "determinar hasta qué punto los derechos garantizados constitucionalmente dependen de intereses que no se mencionan en la Constitución". Cuando la conexión entre la garantía constitucional y el interés no constitucional "se acerca", los tribunales deben mirar con más detenimiento la razón del Estado para infringir los intereses, especialmente si la infracción parecía ser discriminatoria. En "Distrito Escolar Independiente de San Antonio c. Rodriguez", el interés estaba muy cerca de lo que la Constitución protege de manera expresa, porque la educación "afecta directamente la capacidad de un niño de ejercer sus derechos de la Primera Enmienda, como fuente y como receptor de

información e ideas". El ejercicio del derecho al voto está relacionado con la educación. Marshall urgió que la educación era genuinamente única y la llamó "un paso esencial para proporcionar a los desamparados las herramientas necesarias para lograr la autosuficiencia económica".

Si bien admitió que el sistema de Texas no privaba por completo de educación a nadie, Marshall argumentó que se estaba discriminando a las personas "sobre la base de la riqueza del grupo", una discriminación que "no tiene ninguna relación con el interés de los estudiantes de Texas en la oportunidad educativa ofrecida". Así, dicho estado debía presentar una justificación convincente para su sistema de financiación, y en su opinión, no lo había hecho. La idea de un "control local" era por sí misma demasiado abstracta, en especial porque Texas ya había comprometido el control local de infinitas maneras. Por lo tanto, el juez Marshall habría invalidado el sistema financiero de ese estado sureño.

Este enfoque habría tenido implicaciones significativas. Para evaluar cualquier derecho reivindicado, sólo habría que preguntar si algún derecho constitucional explícito depende de él. Al privar a las personas de educación, instaba Marshall, se involucraban los derechos constitucionales de hablar y votar. Quizás la conexión entre la educación y los derechos constitucionales reconocidos de manera específica sea particularmente clara. Sin embargo, tenemos todas las razones para creer que Marshall también habría encontrado la conexión entre la pobreza desesperada y los derechos reconocidos.[230] Otra Corte Suprema habría mostrado un interés considerable en avanzar en esa dirección. Varios tribunales estatales, invocando sus constituciones estatales, han hecho precisamente eso.

El camino de las leyes

El breve período entre 1970 y 1973 desempeñó un papel crucial y poco apreciado en la jurisprudencia estadounidense. Las designaciones de Nixon interrumpieron la tendencia inconfundible

hacia el reconocimiento de los derechos sociales y económicos. No hay dudas serias de que los jueces designados por Hubert Humphrey habrían visto las cosas de otra manera. No es demasiado especulativo sugerir que, si Humphrey hubiera sido electo, algunos aspectos de la segunda Carta de Derechos habrían conformado una parte sólida del panorama constitucional.

Podríamos decir que la elección de Nixon fue un producto de la cultura distintiva de los Estados Unidos, que es hostil hacia los derechos sociales y económicos. Sin lugar a dudas, Nixon ganó en parte debido a las fuerzas culturales; su victoria estuvo totalmente relacionada con los acontecimientos de la época. La Ley de Derechos Civiles de 1964 ayudó a convencer a los votantes del Sur para que apoyaran a los candidatos republicanos. Los disturbios sociales de la época –incluidos los ocurridos en las ciudades, las protestas por la Guerra de Vietnam y los asesinatos de John Kennedy, Robert Kennedy y Martin Luther King Jr.– llevaron a muchos ciudadanos a votar a Nixon, con su contundente plataforma para restablecer "la ley y el orden". La elección de Nixon podría verse como un indicador del final de un período de ascendencia liberal en la política estadounidense, que comenzó con Roosevelt y alcanzó su apogeo con las políticas internas del presidente Lyndon Baines Johnson. La victoria de Nixon fue contingente, pero difícilmente haya sido un accidente; reflejaba fuerzas sociales a gran escala. Tal vez esas fuerzas incluían una antipatía hacia las garantías sociales y económicas; tal vez Nixon ganó precisamente porque cabía esperar que apoyara una interpretación de los derechos que no los incluyera. A lo mejor, Nixon era el anti-Roosevelt, y lo eligieron en parte por esa razón.

Por lo demás, las elecciones de 1968 fueron excepcionalmente cerradas, una de las más peleadas en la historia de la nación, y sería fantástico sugerir que el resultado estaba predestinado por una especie de antipatía nacional hacia los derechos sociales y económicos. Resulta mucho más plausible pensar que tales derechos fueron víctimas de una elección que se peleó en otros terrenos. Es indudablemente cierto que la cultura política de los Estados Unidos ha ayudado a producir un poder judicial federal que no intenta promover los derechos sociales y económicos. Por supuesto, las interpretaciones constitucionales de los Estados Unidos tienen

mucho que ver con sus entendimientos culturales. Aquí enfatizo que, si no fuera por un resultado electoral cerrado y contingente –uno que podría haberse evitado–, la Constitución estadounidense muy probablemente reconocería ciertos tipos de derechos sociales y económicos.

¿Estos derechos están totalmente muertos? Han mostrado algunas pequeñas pero interesantes señales de vida. En su excepcional decisión de 1973 en "Departamento de Agricultura de los Estados Unidos c. Moreno",[231] la Corte de Burger mostró un interés continuo en proteger una seguridad económica mínima. El caso impugnaba la exclusión por parte del Congreso del programa asistencial de nutrición para cualquier hogar que incluyera individuos que no estaban relacionados con ningún otro miembro del hogar. Por lo tanto, el estatuto exigía que los hogares que recibieran cupones para alimento debían estar compuestos únicamente por individuos "relacionados". La Corte invalidó el estatuto y señaló que la historia legislativa sugería un deseo del Congreso de excluir a los "hippies" y a las "comunidades hippies". Al respecto, afirmó: "Si la concepción constitucional de 'igual protección de las leyes' significa algo, como mínimo debe significar que un mero deseo del Congreso de dañar a un grupo políticamente impopular no puede constituir un interés gubernamental legítimo". La decisión de la Corte sólo puede entenderse a la luz del hecho de que estaban en riesgo los cupones para alimento. Sin decirlo de un modo explícito, la Corte estaba mostrando su inclinación por exigir una razón sustancial para cualquier exclusión selectiva de ese programa. El fallo de "Departamento de Agricultura de los Estados Unidos c. Moreno" aún no ha sido anulado; sigue siendo ley.

En "Papasan c. Allain",[232] decidido en 1986, la Corte anuló una disparidad en la financiación de la educación en forma similar a lo sostenido en "Distrito Escolar Independiente de San Antonio c. Rodriguez". El caso "Papasan c. Allain" involucró un sistema de financiación inusual y aparentemente discriminatorio en Mississippi. Las escuelas a las que asistían algunos nativos americanos recibían, de un fondo educativo estatal, asignaciones anuales de sólo US$0,63 por estudiante, una fracción diminuta del gasto promedio del Estado por estudiante, de US$73,34 para otros estudiantes. Al revocar el sistema de Mississippi, la Corte enfatizó

que en el caso “Distrito Escolar Independiente de San Antonio c. Rodriguez” se trataba de un sistema que intentaba asegurar el control local, mientras que en “Papasan c. Allain” la disparidad se debía a una decisión explícita e intencional del propio Estado para “dividir los recursos estatales de manera desigual”.

Más interesante aún es la decisión de la Corte en el caso “Plyler c. Doe”, ya mencionada, que prohibió a Texas exigir a los extranjeros indocumentados que pagaran una matrícula para inscribirse en las escuelas públicas. La opinión en sí es un poco confusa. Una mayoría dividida reunió un conjunto de ideas de la época en las que parecía que los derechos sociales y económicos estaban encaminados, y trató de hacerlo reconociendo que desde entonces la Corte se había negado a tomar esas ideas en serio. Por eso, la Corte enfatizó tres puntos: los niños no eran los responsables de su condición de indocumentados; la privación absoluta de educación era problemática en términos constitucionales; y los niños en riesgo del caso estaban indefensos políticamente. El juez Powell, autor de la decisión de “Distrito Escolar Independiente de San Antonio c. Rodriguez”, dio el quinto voto definitorio. Hizo hincapié en que la ley de Texas “amenaza con crear un subtipo de futuros ciudadanos y residentes”. Pero al igual que ocurrió con el fallo de “Papasan c. Allain”, la decisión de “Plyler c. Doe” ha sido muy limitada y no ha producido nuevos avances.

Tal como está la ley hoy en día, sería demasiado simple decir que la Constitución estadounidense no reconoce derechos sociales y económicos. Los primeros casos siguen en pie. En la actualidad, algunas partes de la segunda Carta de Derechos forman parte de la Constitución. Los acusados de delitos penales, si son indigentes, deben tener un abogado a cargo del gobierno. El impuesto al voto sigue siendo inconstitucional para las elecciones en todos los niveles del gobierno. Si un Estado cree que algunas personas ya no son elegibles como beneficiarios de los planes de servicios sociales, debe ofrecerles una audiencia en caso de que haya un conflicto sobre los hechos. Es posible que haya un nivel mínimo de educación. Sin embargo, la Corte podría haber ido mucho más allá. Con un leve cambio en los votos de 1968, casi con seguridad lo habría hecho.

Parte III

Constituciones y compromisos

10. Ciudadanía, oportunidades y seguridad

¿Vamos a obligar a la gente a vivir bajo condiciones de pobreza? […] ¿Acaso la sociedad como un todo no tiene obligación alguna con estas personas? ¿O la sociedad como un todo va a decir que este problema nos superó? […] Me gustaría que me dieran una solución.

Franklin Delano Roosevelt

Hasta aquí hemos visto que Roosevelt introdujo un nuevo conjunto de derechos en las interpretaciones estadounidenses; que su pedido de incorporar la segunda Carta de Derechos tuvo una enorme influencia a escala internacional; que algunos aspectos de la segunda Carta de Derechos residen en el derecho constitucional estadounidense; y que, en gran parte debido a una simple elección muy reñida, nuestro orden constitucional no reconoce verdaderamente tales derechos. Pero las preguntas más importantes siguen sin tener una respuesta. ¿Los Estados Unidos deberían tener una segunda Carta de Derechos? ¿En qué sentido?

Creo que Roosevelt tenía razón. La segunda Carta de Derechos debería estar incluida entre nuestros compromisos constitutivos, debería tener un estatus similar al de la Declaración de Independencia. Sin embargo, para incluirla no habría que enmendar la Constitución. Uno de los motivos más importantes es que sería difícil para los tribunales hacer cumplir los derechos que Roosevelt enumeró. A otros países, al redactar sus constituciones desde cero o sin las tradiciones que nos caracterizan, les iría bien si adoptaran el enfoque de los “principios rectores” que siguió la India o la interesante alternativa que siguió Sudáfrica (analizada en el capítulo 12). Pero incluso en los Estados Unidos hay un argumento a favor del cambio constitucional, y uno de mis objetivos es sugerir

que este argumento resulta mucho más plausible de lo que a simple vista parecería. Además, incluso en los Estados Unidos hay un argumento, no a favor de la interpretación jurídica de la Constitución existente para incorporar la segunda Carta de Derechos, sino a favor de las sentencias más acotadas [narrow rulings] –como las de "Goldberg c. Kelly", "Shapiro c. Thompson" y "Departamento de Agricultura de los Estados Unidos c. Moreno"–, que toman en serio las formas más severas de privación humana.

La teoría y la práctica

En los círculos filosóficos, los fundamentos y la índole de los derechos humanos son objeto de debates intensos. La tradición utilitarista, por ejemplo, considera que los derechos son resultado de las ideas sobre lo que promoverá el bienestar humano, entendido como "utilidad". Jeremy Bentham, fundador del utilitarismo, propuso que el objetivo de los derechos legales debía ser maximizar el placer y minimizar el dolor. Otros filósofos utilitaristas han argumentado que los componentes del bienestar humano se extienden mucho más allá del dolor y el placer. En cualquier explicación utilitarista, los derechos deben evaluarse en términos de si es probable que mejoren las vidas de las personas, tomadas como un todo. El derecho a la libertad de expresión se justifica fácilmente en el marco utilitarista. Una sociedad con libertad de expresión quizá sea más capaz de evitar errores y gobernarse bien a sí misma. [233] Además, esa sociedad podrá gozar más del progreso material y científico.

Muchas personas rechazan la explicación utilitarista de los derechos. Algunos insisten en que hay que tratar a los seres humanos como fines –en lugar de medios– y que el gobierno debe tratar a sus ciudadanos con respeto. Desde esta perspectiva, el gobierno no puede actuar en formas que usen a las personas como meras herramientas. Para quienes rechazan el utilitarismo, la mejor forma de justificar el derecho a la libertad de expresión no es definirlo como una manera de garantizar que no habrá errores o de

producir progresos. Ese derecho tiene un valor intrínseco más que sólo instrumental: los seres humanos tienen derecho a hablar con libertad simplemente porque tienen derecho a ser tratados con respeto.[234] Otra forma de verlo, enfatizada por Amartya Sen y Martha Nussbaum, sostiene que las explicaciones de los derechos están por completo relacionadas con la comprensión de las capacidades humanas, de lo que los seres humanos son capaces de hacer y ser.[235] Por ejemplo, son capaces de razonar y de autogestionarse, y la libertad de expresión es indispensable para hacer ambas cosas. Según el "enfoque de las capacidades", el derecho a la libertad de expresión está protegido por su relación con las principales capacidades humanas.

No pretendo tomar una posición aquí respecto de los fundamentos de los derechos. Creo que los derechos listados en la segunda Carta de Derechos, como el derecho a la libertad de expresión, pueden contar con el apoyo de personas con opiniones distintas e incluso incompatibles sobre cuál es la mejor manera de justificar los derechos. La cuestión más amplia es que, para muchos propósitos, no es necesario resolver las disputas más profundas para progresar mucho en la vida política y social.[236] A menudo, las personas concuerdan con las prácticas, aunque no estén de acuerdo con las teorías. Coinciden en qué hacer incluso en medio de desacuerdos o incertidumbres sobre por qué deberían hacerlo. En el ámbito de las disposiciones constitucionales y los compromisos sociales, suele ser posible dejar de lado las preguntas sobre los fundamentos filosóficos y estar de acuerdo con ciertas disposiciones y compromisos a pesar de los desacuerdos o la incertidumbre sobre las cuestiones de base. En los Estados Unidos, por ejemplo, el derecho a la libertad de culto está firmemente arraigado, y personas diversas lo aceptan. No tenemos consenso sobre los fundamentos del derecho; tenemos consenso sobre su existencia. Lo que es cierto sobre la libertad de culto resulta aplicable para la mayoría de los derechos consagrados en la Constitución y apreciados hoy en día. El derecho a la protección de la libertad de expresión podría justificarse como una forma de proteger la autonomía personal en materia de conciencia, o como una forma de asegurar la corrección de los errores sociales, o como una forma de salvaguardar la democracia misma, dejando algunas de las cuestiones más polémicas fuera del terreno de la política. Los derechos constitucionales de un país suelen respetarse

sin cosa alguna que se parezca a un acuerdo sobre cuál es su mejor justificación.

Consideremos la experiencia de quienes diseñaron la Declaración Universal de Derechos Humanos, que fue redactada y adoptada por las Naciones Unidas después de la Segunda Guerra Mundial. El filósofo Jacques Maritain desempeñó un papel importante en las deliberaciones que desembocaron en la declaración. De manera asombrosa, personas con opiniones radicalmente opuestas pudieron ponerse de acuerdo sobre los derechos humanos fundamentales. A Maritain le gustaba decir: "Sí, estamos de acuerdo sobre los derechos, siempre y cuando nadie nos pregunte por qué".[237] Según Maritain, la única meta factible era llegar a un acuerdo "no sobre la base de ideas comunes especulativas, sino de ideas comunes prácticas; no sobre la afirmación de una y la misma concepción del mundo, del ser humano y del conocimiento, sino sobre la afirmación de un singular cuerpo de creencias para guiar la acción".[238]

Maritain hablaba en términos prácticos, los mismos términos que usaba Roosevelt, quien definía su propia postura filosófica de una manera cómicamente inútil: "conciencia social"[239] [social-mindedness]. Sin embargo, suele ser posible hacer lo que Roosevelt intentaba hacer: obtener acuerdos teorizados en forma incompleta sobre los derechos y las prácticas, acuerdos sobre qué hacer en medio de desacuerdos o incertidumbres acerca de por qué hacerlo.

Los redactores de la Constitución de los Estados Unidos siguieron precisamente ese camino. No compartían una explicación clara de sus fundamentos. Hoy en día, la mayoría de las personas que aceptan la Carta de Derechos original no comparten ninguna explicación: algunos hacen hincapié en los objetivos democráticos; otros se refieren a la libertad; otros destacan las consideraciones utilitaristas, y otros enfatizan la teología. Roosevelt creía que personas con opiniones diversas sobre los fundamentos de los derechos podían aceptar la segunda Carta de Derechos, y sin tener una idea clara de cuál era la mejor manera de justificar los derechos. Creo que tenía razón. Si existe un buen argumento para incluir una segunda carta de derechos, no radica en afirmaciones teóricas polémicas; por el contrario, la segunda Carta de Derechos

se puede apoyar desde varias posiciones discrepantes.

Para expresar este argumento en su forma más simple: los derechos legales fundamentales deben considerarse instrumentos pragmáticos diseñados para proteger intereses importantes para las personas, sin importar cómo se los elija. La segunda Carta de Derechos protege dos de estos intereses: la oportunidad básica y la seguridad mínima, que en todo caso son extremadamente importantes. Las sociedades decentes se comprometen a salvaguardarlas. La segunda Carta de Derechos intenta especificar los derechos que son necesarios para asegurar la oportunidad básica y la seguridad mínima. Sin duda, podemos discutir sobre los detalles, y nuestra segunda Carta de Derechos no tiene que seguir exactamente la de Roosevelt, pero cualquier país decente se compromete, en el nivel más básico, a proteger los tipos de derechos enumerados por Roosevelt.

Los principios y las enmiendas

Llegados a este punto, retomemos la distinción ya mencionada entre los derechos constitucionales, los compromisos constitutivos y las meras políticas. Roosevelt no buscó enfáticamente una enmienda constitucional, pero creía que la segunda Carta de Derechos iba mucho más allá de una declaración de las políticas del momento. Quería que los estadounidenses la entendieran como parte de sus principios definitorios y su legado, como una instauración de los principios básicos a los que se compromete la nación. Roosevelt seguía la senda que James Madison había abierto. Este urgió la Carta de Derechos original como un conjunto de compromisos que definirían los valores propios de la ciudadanía, no como el documento de un abogado o un código para hacer cumplir por vía judicial. Ya vimos que al apoyar la Carta de Derechos original, Madison sugería que se convertiría en parte central de la cultura nacional, y por eso funcionaría como salvaguardia de la libertad. Al respecto, fue notablemente profético. He subrayado que el significado mismo de la Carta de Derechos suele derivar de compromisos culturales que tienen un amplio respaldo. Por

ejemplo, la forma en que hoy en día se protege la libertad de expresión le debe todo al hecho de que los estadounidenses valoran esa libertad de una manera que ha llevado a un principio de libertad de expresión mucho más firme que cualquier cosa favorecida por la generación fundadora.

Como mínimo, la segunda Carta de Derechos debería considerarse parte integrante de los compromisos constitutivos de los Estados Unidos. El discurso en que Roosevelt la propone merece un lugar entre los grandes documentos de la historia del país. De hecho, podemos verlo ocupando un lugar similar al de la Declaración de Independencia, o tal vez en algún punto entre esta y la Constitución. Si bien no tiene el carácter legal de la última, es más específica y concreta que la primera como catálogo de derechos existentes. Como veremos, algunas partes de la segunda Carta de Derechos ya tienen el estatus de compromisos constitutivos. Sin embargo, lo que ha sucedido está muy lejos de ser lo que Roosevelt buscaba. Aún tenemos que reconocer que la segunda Carta de Derechos da cuenta de algunas de las aspiraciones más profundas de la nación y su interpretación de los derechos mismos.

¿Tiene sentido que vayamos un poco más allá? Es una pregunta difícil sin una respuesta simple. Consideremos la explosión de la redacción de constituciones en todo el mundo luego de la caída del comunismo. Como regla general, los esfuerzos modernos al diseñar las constituciones incluyen algunas partes de la segunda Carta de Derechos. Para las naciones que están redactando sus constituciones desde cero, es una fuerte candidata para incluir. Pero ¿qué pasa con los Estados Unidos, donde el poder de los tribunales para interpretar y hacer cumplir la Constitución se da por sentado? ¿Deberíamos enmendar o interpretar nuestro documento fundacional de manera que contenga alguna versión de la segunda Carta de Derechos? ¿Es posible que Roosevelt no haya sido lo suficientemente ambicioso en este sentido?

Roosevelt no argumentó a favor de un cambio constitucional en cuanto tal porque creía que la segunda Carta de Derechos debía implementarse mediante procesos democráticos, no por obra de los tribunales. Para él, el país ya la había aceptado, al menos como compromiso general. Lo que faltaba era implementarla, y eso

requería una acción del Congreso, que ocurriría si el público lo pedía. Roosevelt quiso fomentar esa demanda. Desde su punto de vista, la idea del cambio constitucional habrá resultado muy poco atractiva. El primer problema es la gran dificultad de lograrlo. Cualquier intento de alterar el documento fundacional de la nación requiere años de esfuerzo sostenido, sin esperanzas de lograr un éxito definitivo. Por el contrario, el país obtuvo la Ley de Seguridad Social y la Ley Nacional de Relaciones Laborales –dos compromisos constitutivos en la actualidad– sin modificar la Constitución en sí. Desde luego, Roosevelt creía que la segunda Carta de Derechos podía aprobarse e implementarse sin una enmienda formal, por lo que esta sería una pérdida de tiempo. En su opinión, la exigibilidad judicial de la segunda Carta de Derechos podía lograr poco o nada. En su época, como tantas veces ocurrió a lo largo de la historia de los Estados Unidos, los tribunales eran el enemigo, no el agente del cambio social deseado. En esas circunstancias, los beneficios de la enmienda constitucional eran pocos y los costos altos.

Estoy de acuerdo con Roosevelt. Sin embargo, desde un punto de vista actual, el asunto no queda del todo claro. Para quienes están preocupados por los derechos que se reconocen en la segunda Carta de Derechos, podría ser peligroso confiar en los procesos políticos ordinarios. Consideremos el registro mixto y, en cierto modo, vergonzoso de los Estados Unidos, que permite que se sigan violando esos derechos en extenso. Por ejemplo, decenas de millones de niños reciben una educación inadecuada; decenas de millones de ciudadanos no reciben una atención médica decente. Este registro demuestra el peligro de depender únicamente de los procesos políticos. Es razonable argumentar que cada constitución debe entenderse, no como un lugar para establecer aspiraciones o metas, ni los derechos que tienen en principio los seres humanos, sino como salvaguardia de los problemas concretos que probablemente surjan en el país para el cual se está diseñando ese documento. En cierto sentido, las buenas constituciones son contraculturales; trabajan para reducir los problemas característicos que surgirán previsiblemente en cualquier nación en particular. Si esta es una manera útil de pensar en las disposiciones constitucionales, el argumento para la adopción de la segunda Carta de Derechos en los Estados Unidos dista de ser inverosímil.

En los países que escapaban del dominio comunista, había un fuerte argumento a favor de la protección constitucional agresiva de la propiedad privada y la libertad de contrato, precisamente para asegurar las condiciones previas necesarias para una economía de mercado. A raíz del comunismo, era (y sigue siendo) extremadamente importante crear una cultura social y jurídica que respetara el mercado libre. Sin embargo, el argumento en defensa de la segunda Carta de Derechos era bastante débil porque ya existía un compromiso cultural para proteger a quienes tenían necesidades económicas. En otras palabras, algunos países no necesitan tanto una segunda Carta de Derechos porque los derechos que se reconocen en ella ya son compromisos constitutivos.

Los Estados Unidos son diferentes. Pese a nuestro ingreso per cápita increíblemente alto –lejos, el más alto del mundo–, el país hace mucho menos de lo que podría para proteger a quienes están en la base de la pirámide económica. Una segunda declaración de derechos, del tipo reconocido en la India o en Sudáfrica, podría ser un gran beneficio para los ciudadanos estadounidenses. Si no fuera tan difícil lograr los cambios constitucionales, y si la segunda Carta de Derechos pudiera ratificarse con bastante facilidad, habría un argumento legítimo en su defensa. Hagamos el siguiente experimento mental: imaginemos que luego de una extensa deliberación social, los ciudadanos de los Estados Unidos recurrieron a los procedimientos legales ordinarios para ratificar algo parecido a la segunda Carta de Derechos y así incluirla en nuestra Constitución. La enmienda se ha ratificado tras un debate extenso sobre su contenido y sobre el tema de la exigibilidad judicial. Podríamos imaginar una disposición que elimine una función judicial (como en los principios rectores de la India) o que la reduzca para permitir a los tribunales responder sólo a las violaciones a gran escala (como en Sudáfrica, analizado más adelante).

¿La Constitución sería mejor o peor después de esa enmienda? Tengamos cuidado con la respuesta negativa obvia. Es cierto, un cambio al estilo de la India generaría cierta tensión con nuestras tradiciones de exigibilidad judicial, y podría considerarse menos que significativo. Y el abordaje de Sudáfrica sin duda limitaría las capacidades judiciales. Pero si el resultado del cambio garantizara

más oportunidades y seguridad a quienes no las tienen, habría un argumento real a su favor.

Versiones reales e hipotéticas

¿Esto parece puramente hipotético? De hecho, en 2003 se remitió una propuesta de enmienda constitucional (Resolución Conjunta de la Cámara 35) a la Comisión de la Cámara del Poder Judicial:

Artículo 1. Todo ciudadano tiene derecho al trabajo, a la libre elección de su trabajo, a condiciones equitativas y satisfactorias de trabajo y a la protección contra el desempleo.

Artículo 2. Todo ciudadano tiene derecho, sin discriminación alguna, a igual salario por trabajo igual.

Artículo 3. Todo ciudadano que trabaja tiene derecho a una remuneración equitativa y satisfactoria, que le asegure, así como a su familia, una existencia conforme a la dignidad humana y que será completada, en caso necesario, por cualesquiera otros medios de protección social.

Artículo 4. Todo ciudadano que trabaja tiene derecho a fundar sindicatos y a sindicarse para la defensa de sus intereses.

Artículo 5. El Congreso tendrá el poder para aplicar este artículo mediante la legislación apropiada.

Esta propuesta abarca más (y menos) que la segunda Carta de Derechos de Roosevelt, quien no preveía igual salario por trabajo igual, un derecho que crearía una serie de dificultades interpretativas. Pero ¿desearíamos algo de esta línea general? ¿Como registro de compromisos constitutivos? ¿Como verdadero cambio constitucional?

Consideremos lo que me parece una versión mejor, que enmienda la lista de Roosevelt de diversas maneras:

Artículo 1. Todo ciudadano tiene derecho a una buena educación.

Artículo 2. Todo ciudadano tiene derecho a una protección adecuada en caso de extrema necesidad derivada de la enfermedad, los accidentes, la vejez o el desempleo.

Artículo 3. Todo ciudadano tiene derecho a acceder a una alimentación, refugio, ropa y atención médica adecuados.

Artículo 4. Todo ciudadano tiene derecho a una oportunidad de trabajo remunerado.

Artículo 5. Todo ciudadano tiene derecho a estar libre de la competencia desleal y del dominio de monopolios en el país o en el extranjero.

Artículo 6. El Congreso y los gobiernos estatales deberán tomar las medidas legislativas –y de otra índole– razonables en función de los recursos que estuvieran a su alcance para proveer a la gradual concreción de este derecho.

Esta versión estipula expresamente que la obligación de asegurar estos derechos es legislativa y que las limitaciones de los recursos disponibles son relevantes para las obligaciones de la legislatura. Además, elimina el derecho de cada agricultor a cultivar y vender sus productos y obtener una ganancia que les dé, a él y a su familia, una vida decente, un derecho que tal vez tenía más sentido en la década de 1930, cuando la economía dependía de la agricultura, pero que hoy resulta difícil defender. De hecho, algunos agricultores deberían abandonar el negocio. No hay más razones para garantizar a “todo” agricultor un beneficio razonable y no otorgarles esta misma garantía a las compañías de computadoras, las aerolíneas o los agentes de bienes raíces. Otros cambios están diseñados para eliminar la redundancia y promover la claridad. Creo que lo mejor

es ver cualquier lista de este tipo como una declaración de compromisos constitutivos, antes que verla como un cambio formal a la Constitución, pero hay personas sensatas que pueden no estar de acuerdo.

A continuación, analicemos los fundamentos de la segunda Carta de Derechos en términos más específicos.

Las relaciones

La pregunta más obvia se refiere a la relación entre la primera Carta de Derechos y la segunda, propuesta por Roosevelt. ¿Acaso son antagonistas de alguna manera? Entre una y otra, ¿existen cuestiones de interdependencia?

Hay quienes escriben como si hubiera una tensión real entre los derechos civiles y políticos, por un lado, y los derechos sociales y económicos, por el otro, como si las sociedades tuvieran que elegir entre ellos. Esto es un gran error. Para empezar, los derechos políticos pueden ser un fuerte aliado del bienestar social y económico. Cuando una democracia funciona bien, es más probable que se respete la segunda Carta de Derechos. Como material de prueba, consideremos el hallazgo notable de Amartya Sen: en toda la historia del mundo, jamás ha habido hambrunas en un país con una prensa libre y elecciones democráticas, donde las salvaguardias políticas proporcionan un fuerte control para evitar que se descuide el riesgo de hambre masiva.[240] En un modo que nos recuerda mucho a Roosevelt, Sen afirma que las hambrunas no son un producto inevitable de la escasez de alimento, sino que se deben por completo a las políticas sociales. Un gobierno decidido a evitar las hambrunas puede hacerlo, y un gobierno democrático, que responde a los votantes, tiene todos los incentivos para asegurar que no ocurran. Sen sostiene que “una prensa libre y una oposición política activa constituyen el mejor ‘sistema de alerta temprana’ que puede tener un país amenazado por el hambre”.[241] (Podemos ver aquí una analogía en el manejo ineficaz de China de la epidemia de síndrome respiratorio agudo grave [SRAG] en 2003. Una sociedad

democrática, controlada por una prensa libre, se habría enterado en una etapa temprana y habría estado muy presionada para responder más rápidamente y brindar información más precisa sobre la amenaza.)

La hambruna es un ejemplo extremo de las innumerables formas en que la libertad de expresión y el derecho al voto proporcionan un grado de protección contra la privación económica. En este sentido, la libertad política es un gran aliado de la segunda Carta de Derechos. Pero no debemos exagerar este factor. Para ver por qué, volvamos al pedido de James Madison de igualdad política y su preocupación por los efectos de las grandes disparidades en la riqueza. Las desigualdades económicas, si son grandes, se pueden traducir en desigualdades políticas que privan al gobierno de un incentivo apropiado para responder al sufrimiento humano; incluso puede incentivarlo a no responder. La presión democrática puede aislar la riqueza y frustrar los esfuerzos para reducir la privación.

Esto sugiere otra cuestión, que señalaron tanto Roosevelt como el juez de la Corte Suprema Thurgood Marshall. De alguna manera, la segunda Carta de Derechos puede considerarse una condición previa necesaria para la primera. El ejemplo más claro, como ha sugerido la Corte Suprema misma, es la educación. Es indispensable cierto nivel de educación para una ciudadanía efectiva, incluidos el derecho a la libertad de expresión y el derecho al voto. Recordemos la sugerencia temprana de John Adams: “La libertad no se puede preservar sin un conocimiento general entre las personas que tienen un derecho al conocimiento, del marco de su naturaleza”.[242] Por supuesto, las personas con poca educación o ninguna pueden expresarse y votar, pero el papel del ciudadano exige una capacidad de evaluar temas y opciones, y la educación es indispensable para hacerlo. La conexión entre la ciudadanía y la libertad para vivir en dignidad es aún más directa. Es poco probable que quienes carecen del alimento o refugio adecuados puedan participar bien en los procesos políticos y por eso no podrán proteger sus intereses personales. Este es un sentido importante en que los derechos políticos y cierto grado de seguridad económica son interdependientes.

El énfasis de Roosevelt estaba en la seguridad. Aquí también

podemos ver un vínculo entre la Carta de Derechos original y aquella propuesta por Roosevelt. Los derechos políticos proporcionan cierto grado de seguridad contra un gobierno que se extralimita, es decir, contra el problema de la representación interesada según los fundadores. Al mismo tiempo, esos derechos reducían el riesgo de la intención de las facciones (los grupos privados interesados) de usar el poder del gobierno con fines limitados. La ciudadanía es, de por sí, una forma de seguridad. Los derechos civiles, al proteger en gran medida contra el abuso de autoridad por parte del gobierno, cumplen una función similar. Son indispensables para proteger a los ciudadanos del miedo, el tipo de miedo que está presente a diario en las sociedades bajo un régimen tiránico. Según Roosevelt, entender las fuerzas económicas era una forma de mostrar que el miedo podía provenir de muchos tipos de amenazas, y la segunda Carta de Derechos aumentaría los ámbitos donde los ciudadanos podían estar a salvo. Para entender el argumento a favor de la segunda Carta de Derechos, necesitamos volver al objetivo de Roosevelt, que era 1) ofrecer oportunidades para todos y 2) proporcionar un mínimo decente a aquellos que no podían aprovechar esas oportunidades.

Las oportunidades

En principio, los estadounidenses, tanto de derecha como de izquierda, están comprometidos con la “igualdad de oportunidades”. Por lo general, este objetivo no se considera controvertido, pero un instante de reflexión debería ser suficiente para demostrar que en una sociedad libre la igualdad de oportunidades es una meta extremadamente difícil y demandante. De hecho, es imposible alcanzarla. Debido a que algunas personas tienen más riqueza que otras, algunos niños tendrán más y mejores oportunidades. Yo vivo en Chicago, donde es un hecho que los niños que nacen de padres que viven cerca de la calle 58 y la avenida Dorchester tienen mejores perspectivas que aquellos que nacen treinta calles hacia el Sur. En los Estados Unidos, al igual que en otras democracias liberales, no existe la igualdad de

oportunidades. Para proporcionarla, la nación tendría que involucrarse en formas significativas de redistribución. Quienes piensan que están comprometidos con la igualdad de oportunidades en realidad están a favor de un objetivo más modesto y práctico: oportunidades decentes para todos, uno de los compromisos centrales de Roosevelt.

El derecho a una buena educación es el ejemplo más claro. Ese derecho podía presagiarse en algunos de los primeros discursos de Roosevelt, en los cuales deploraba el hecho de que muchos padres no podían proporcionar una educación verdadera a sus niños. Al elevar la buena educación al estatus de derecho, Roosevelt enfatizó tres puntos: el primero es que la educación resulta indispensable en muchos ámbitos para tener perspectivas decentes en la vida; el segundo, que la educación es una salvaguardia fundamental de la seguridad, y el tercero, que la educación es necesaria para la ciudadanía misma. Hemos visto que la Corte Suprema dijo exactamente lo mismo, al percibir una relación estrecha entre la educación decente y el estatus de ciudadano. En este sentido, el derecho a la educación pertenece a la misma categoría que el derecho de propiedad. De todos los derechos listados en la segunda Carta de Derechos, este es por lejos el que más se ha incluido en las constituciones estatales. Cuarenta y nueve de los cincuenta estados le dan cierto reconocimiento constitucional. (Iowa es el único que se resiste.) En materia de derecho constitucional estatal, la educación está firmemente arraigada.

Otros derechos incluidos en la segunda Carta de Derechos se ocupan centralmente de las oportunidades. Consideremos, por ejemplo, un elemento que es fácil pasar por alto pero que debemos entender como central: “El derecho de todo empresario, grande o pequeño, a comerciar en un ambiente libre de competencia desleal y del dominio de monopolios nacionales o extranjeros”. Para que existan oportunidades de verdad, los gobiernos deben tomar medidas para proteger contra los monopolios privados o públicos. Al sofocar a la competencia, estos privan a la gente de oportunidades justas con el fin de obtener riquezas. Para generar oportunidades, es indispensable que haya mercados genuinamente libres. Por supuesto, en este caso el énfasis de Roosevelt está en los derechos del empresario, “grande o pequeño”, y estos derechos son muy

importantes en sí mismos. En una sociedad libre, quienes buscan iniciar un negocio pueden hacerlo; no deberían ser obstaculizados por prácticas anticompetitivas.

Pero hay una cuestión más. Cuando los empresarios son libres de comerciar en un ambiente de competencia abierta, los trabajadores y los consumidores también salen muy beneficiados. El libre comercio amplía enormemente la cantidad de puestos de trabajo. Por lo tanto, un gobierno comprometido a evitar el monopolio ayuda, al mismo tiempo, a promover el empleo. Según la Administración de la Pequeña Empresa (Small Business Administration), las pequeñas empresas emplean a más del 50% de todos los empleados del sector privado y pagan el 44,5% de la nómina total de los Estados Unidos. Crean entre el 60 y el 80% de los nuevos empleos netos cada año y más del 50% del PBI no agrícola. Todos los años se crean más de quinientos mil negocios nuevos. Estas cifras son muy relevantes para las políticas actuales. El derecho a estar libre de la competencia desleal y del dominio de monopolios implica un papel extenso del gobierno, que hoy en día desempeña en gran parte la Comisión Federal de Comercio y la División Antimonopolio (Antitrust Division) del Departamento de Justicia. La índole apropiada de esa actividad es objeto de debate, pero si estar libre del dominio de monopolios es un derecho, el gobierno está obligado a actuar al servicio de esa libertad. Recordemos que el economista austríaco Friedrich Hayek, el mayor crítico del socialismo, insistía en esta idea. Este componente de la segunda Carta de Derechos está íntimamente ligado a la libertad de oportunidades. Para las naciones que están emergiendo del gobierno comunista o de otras formas de dictadura estatal, esta parte de la segunda Carta de Derechos es un excelente punto de partida.

¿Qué pasa con el derecho a un “trabajo útil y remunerado”? Sin lugar a duda, podemos relacionarlo con la seguridad. Pero ¿tiene algo que ver con las oportunidades? Es importante entender lo que Roosevelt quiso decir con esta expresión. En el contexto de la Gran Depresión, Roosevelt se refería, ante todo, al esfuerzo del gobierno para administrar la economía y así proporcionar las oportunidades básicas a quienes podían trabajar. Por lo tanto, la mejor manera de proteger el derecho a un “trabajo útil y remunerado” no es por

medio de un empleo garantizado con fondos públicos o puestos de trabajo en el gobierno, sino a partir de una economía floreciente que crea más empleo constantemente. Cuando Roosevelt insistía en que creía en un sistema de libre empresa, estaba sugiriendo que ese sistema era del todo compatible con niveles altos de empleo. Pero también creía que el gobierno puede desempeñar un papel constructivo. Como demostró la Gran Depresión, y como dejaron en claro muchos períodos subsiguientes de la historia de los Estados Unidos, un sistema de libre empresa mal manejado puede conducir a un nivel de desempleo devastadoramente alto. En los últimos años, por ejemplo, más de nueve millones de estadounidenses no han tenido trabajo, con una tasa de desempleo de más del 6%, que no es extremadamente alta según los estándares internacionales o históricos, pero aun así es una desgracia. Roosevelt buscaba un conjunto de iniciativas de políticas que aumentaran la de puestos decentes al alcance de las personas que podían trabajar.

Por sí solo, este objetivo ya no es controvertido. Desde la época de Roosevelt, todos los presidentes han tomado medidas serias para aumentar la tasa de empleo. Los votantes los responsabilizan si no lo logran. Lo que Roosevelt pedía era que se considerara que las políticas gubernamentales que impulsaban el empleo promovían los derechos humanos. Esto no significa que la tasa de desempleo debe ser cero o cerca de cero, sino que el gobierno debe establecer medidas sustanciales para promover el empleo para aquellas personas en condiciones de trabajar.

Roosevelt no sólo insistía en el derecho a un trabajo, sino que urgía que este fuera “remunerado”. Aquí podemos ver una respuesta a una situación en la que, por ejemplo, los salarios cayeron a US$0,05 por hora en los aserraderos y a US$0,08 por hora en la contratación general, y las niñas eran contratadas por menos de US$1 por una semana de cincuenta y cinco horas.[243] A escala federal, las leyes de salario mínimo eran parte importante del New Deal. En las últimas décadas, ha habido un debate vigoroso sobre si estas leyes reducen los niveles de empleo al aumentar el costo de la contratación y, por lo tanto, disuaden a los empleadores de dar empleo a nuevas personas. Y, de hecho, la exigencia de un salario mínimo tiene muchos problemas; existen maneras mucho mejores de ayudar a los trabajadores con ingresos bajos. Los analistas de las

políticas han aprendido mucho acerca de la mejor manera de asegurarse de que el trabajo sea "remunerado" genuinamente. Retomaré este tema en breve; por ahora, la idea clave es que, interesado en asegurar las oportunidades, Roosevelt aspiraba a lograr que hubiera trabajo disponible, que valiera la pena.

La seguridad

Las oportunidades son la mejor manera de proporcionar la seguridad económica. Pero algunos elementos de la segunda Carta de Derechos no se pueden interpretar como garantías de oportunidades. Apuntan directamente a la seguridad al crear un piso debajo del cual no deben caer las vidas humanas. En palabras de Roosevelt, "el gobierno tiene la responsabilidad final por el bienestar de la ciudadanía. Si el esfuerzo cooperativo privado no proporciona trabajo a quienes están dispuestos y asistencia para los desfavorecidos, quienes sufren las dificultades sin ninguna culpa tienen el derecho de pedir ayuda al gobierno; y un gobierno digno de su nombre debe responder como corresponde".[244] Ciertos elementos de la segunda Carta de Derechos protegen la libertad para vivir en dignidad, una forma de libertad, no de igualdad. En efecto, podemos imaginar una sociedad que está poco interesada en el igualitarismo y no que establece techos para la acumulación de riqueza, pero que insiste en un mínimo decente para todos. Roosevelt intentó avanzar en esa dirección; tomaba muy en serio la idea de establecer una red de seguridad social.

Incluso podríamos ver la libertad para vivir en dignidad como un pedido de una política de seguro social a gran escala. Lo que Roosevelt buscaba proporcionar era una especie de programa nacional de seguros que ayudaría a las personas que sufrían accidentes y catástrofes inevitables de la vida.[245] Por supuesto, la Gran Depresión hizo de este un programa especialmente atractivo, pero los ciudadanos de cualquier sociedad están en riesgo por una gran diversidad de motivos. Podrían ser demasiado optimistas sobre los peligros que enfrentan en realidad. (El optimismo no realista

parece ser parte de la condición humana; tengamos en cuenta el hecho de que en un 90% los conductores creen estar más seguros que el conductor promedio y que para ellos es menos probable verse involucrados en algún accidente grave.) Roosevelt creía que, pese a nuestra confianza, cada uno de nosotros es vulnerable a peligros que no pueden prevenirse por completo en "este mundo nuestro hecho por el hombre". Al garantizar alimento, ropa, una vivienda y atención médica para todos, la segunda Carta de Derechos serviría de protección contra la mayoría de esos peligros.

Una sociedad comprometida en serio con la libertad para vivir en dignidad enfrenta muchos problemas conceptuales y prácticos. Podemos hablar razonablemente de un mínimo decente: suficiente alimento para una nutrición básica y un refugio para protegerse del clima. Pero la privación humana a menudo implica una pobreza relativa más que absoluta. Como explica Amartya Sen: "En un país que suele ser opulento, se necesitan más ingresos para comprar suficientes productos y así lograr el mismo funcionamiento social".[246] Para que la gente "lleve una vida sin vergüenza, pueda visitar y entretener a sus amigos, tener un registro de lo que está pasando y de lo que otros conversan, entre otras cosas, necesita un paquete más costoso de bienes y servicios en una sociedad que suele ser más rica y en la que la mayoría de las personas tienen, digamos, medios de transporte, ropa costosa, radios o televisores, etc.".[247] Para participar en una comunidad, se necesitan los productos básicos que la mayoría tiene, "y esto ejerce presión sobre una persona relativamente pobre en un país rico, incluso cuando esa persona está en un nivel mucho más alto de ingresos que los habitantes de países menos opulentos".[248]

En los países ricos, el hambre en sí puede producirse de esta manera. Esta es una razón por la cual el nivel de pobreza a veces se define en términos relativos, como en la sugerencia de que aquellos en el 10% inferior están, por definición, empobrecidos.[249] En cualquier caso, nuestra experiencia personal con los bienes y servicios depende en gran medida de las comparaciones con otros. En una nación pobre, un nivel mínimo de refugio y ropa parece bastante adecuado sólo porque no es menos de lo que la mayoría de los otros tiene. En una nación rica, refugio y ropa iguales se consideran pobreza extrema. Lo que califica como suficiente, o un

mínimo decente, se ve afectado por lo que otras personas poseen. Podemos insistir legítimamente para que una sociedad con grandes disparidades en los ingresos y la riqueza intente asegurar un mínimo decente para todos: suficiente alimento, un refugio digno, ropa decente y acceso a un médico para condiciones médicas que necesitan atención de verdad.

¿Por qué una sociedad intentaría hacer esto? ¿Por qué podría considerar el nivel mínimo de seguridad como objetivo central? La respuesta de Roosevelt fue más pragmática que filosófica. Arthur Schlesinger Jr. capturó una parte: Roosevelt "no tenía filosofía alguna, a excepción de la experimentación, que era una técnica; el constitucionalismo, que era un procedimiento; y la humanidad, que era una fe".[250] Sin embargo, por sí misma, la idea de la experimentación carece de anclaje. Sin saber por qué experimentamos, sin criterios de éxito o fracaso, no tenemos ninguna razón para experimentar en absoluto. El sesgo pragmático de Roosevelt se distinguía por una concepción de fines humanos, no meramente una fe. Roosevelt lo resumió de la mejor de las maneras posibles en 1936, cuando le pidieron que declarara sus objetivos:

Hacer lo que cualquier gobierno honesto de cualquier país haría; intentar aumentar la seguridad y la felicidad de un mayor número de personas en todas las ocupaciones de la vida y en todo el país; darles más de las cosas buenas de la vida; darles una mejor distribución, no sólo de la riqueza en términos estrechos, sino de la riqueza en términos más generales; darles lugares para visitar en el verano, recreación; darles la seguridad de que no van a morir de hambre cuando lleguen a la vejez; dar a los negocios honestos una oportunidad de progresar y lograr un beneficio razonable; y dar a todos una oportunidad de ganarse la vida.

Evidentemente, Roosevelt creía que los derechos son instrumentos, o herramientas, diseñadas para proteger los intereses humanos. Cuanto más cruciales son los intereses, más importantes son los instrumentos. Durante su presidencia, su retórica progresó directamente desde términos como "oportunidad" (el léxico de la

política gubernamental), hasta “derechos” (el léxico de las obligaciones gubernamentales). Tampoco debe resultar ajeno o extraño pensar en los derechos como herramientas. Hemos visto que la libertad de expresión puede entenderse en estos términos como una medida para proteger una amplia gama de valores humanos. Por supuesto, la libertad de expresión es deseable e importante en sí misma. Si es así, el derecho (legal) a la libertad de expresión es una forma de salvaguardar ese interés importante. La segunda Carta de Derechos puede analizarse de manera similar. Identifica una gama de intereses humanos fundamentales y promesas para protegerlos.

11. Objeciones: ¿a la segunda Carta de Derechos?

Un intelecto de segunda clase. ¡Pero un temperamento de primera!

Oliver Wendell Holmes, cit. en James MacGregor Burns, Roosevelt: el león y el zorro

Sabía que había sido moderado; lo que es más importante, la hostilidad que sentía hacia las doctrinas marxistas, ya fueran socialistas o comunistas, […] no era meramente ideológica. Era psicológica en el sentido de que Roosevelt desconfiaba del tipo de pensamiento doctrinario y sistemático que estaba implícito en el radicalismo intelectual.

James Macgregor Burns, Roosevelt: el león y el zorro

Sería absurdo suponer que para la segunda Carta de Derechos resultaría fácil obtener consenso nacional. A menudo se omite o se desconoce el discurso de Roosevelt; y el que no sea conocido podría dar cuenta de dudas respecto de la segunda Carta de Derechos. Hasta aquí he delineado algunos argumentos a su favor, pero ningún contraargumento. ¿Por qué podríamos rechazarla u oponernos a ella?

Dado que la segunda Carta de Derechos incluye una serie de derechos, sería posible aceptar algunos y, al mismo tiempo, rechazar otros. Como hemos visto, el derecho a la educación está consagrado en las constituciones de casi todos los estados de la Unión. Una enmienda que lo instaure como derecho constitucional federal probablemente recibiría bastante apoyo. El derecho a la

seguridad social, al menos en cierta forma, cuenta con amplia aceptación. El derecho a estar libre del dominio de monopolios también es aceptado por todos cuantos están comprometidos con el mercado libre, aunque no haya un acuerdo sobre lo que ese derecho implica específicamente. En el contexto de la televisión y la radio, por ejemplo, algunos creen que existe una competencia vivaz, mientras que otros afirman que surgen los problemas del monopolio si una o dos empresas dominan un mercado local. Pero de por sí el principio antimonopolio tiene mucha aceptación en la cultura estadounidense.

Los ingredientes más controvertidos de la segunda Carta de Derechos quedan bajo el rótulo general de "libertad para vivir en dignidad". ¿Realmente existe un derecho a un "trabajo decente y remunerado"? Más de seis millones de estadounidenses estaban desempleados en 2003, y pocas personas argumentaron que sus derechos eran violados. ¿Los ciudadanos de los Estados Unidos deberían tener el derecho a "recibir atención médica adecuada y la oportunidad de lograr y disfrutar de una buena salud"? Más de cuarenta millones de ellos carecen de seguro médico, y por lo general las medidas del gobierno de Clinton que buscaban crear algo similar a un derecho al seguro médico fueron rechazadas como "medicina socializada". Tal vez los estadounidenses estén comprometidos con alguna versión del "derecho a una protección adecuada contra los temores económicos de la vejez, la enfermedad, los accidentes y el desempleo", pero este compromiso parece más débil que el existente con la libertad de expresión, la religión y la educación. Al aceptar las objeciones a la segunda Carta de Derechos, dejo de lado la educación, la seguridad social y estar libre del dominio de monopolios y, en cambio, hago hincapié en sus objetivos más controvertidos.

Sobre los incentivos y la pereza

La crítica más evidente de la segunda Carta de Derechos es pragmática en espíritu. Señala que destruiría el incentivo de las

personas, que daría a los ciudadanos un sentido insalubre (e incluso destructivo) de privilegio, la idea de que, sin importar lo que hagan, el Estado les debe las condiciones materiales necesarias para llevar una vida decente. Desde este punto de vista, cualquier cosa similar a la segunda Carta de Derechos es algo terrible, no porque no incluya intereses humanos importantes, sino porque reconocer esos intereses como "derechos" es realmente destructivo para el bienestar social e individual. De hecho, podría pensarse que la segunda Carta de Derechos perjudica a las mismas personas a quienes supuestamente beneficia. Para aquellos cuyo bienestar económico está en riesgo, el mejor tipo de ayuda es la autosuperación, una disposición y capacidad de hacer lo que sea necesario para ganarse una vida decente. Ante las garantías del gobierno, es probable que la autosuperación desaparezca gradualmente. Hay que preservar el principio de que "nadie le debe a nadie una vida" para asegurarse de que la gente desarrolle la independencia necesaria para hacer su propio camino. Un sentido de privilegio económico podría tener efectos perjudiciales sobre el carácter estadounidense al producir un tipo de ciudadanía débil, dócil, tímida y obsesionada con la seguridad que terminaría con este carácter.

Esta objeción apunta a una consideración importante. Cualquier segunda declaración de derechos, y cualquier esfuerzo para implementarla, podría tener consecuencias perjudiciales indeseadas, sobre todo debido a los efectos de los incentivos. Si reconocer los derechos relevantes realmente perjudicara los intereses humanos, no habría que reconocerlos. El propio Roosevelt estaba totalmente alerta a este problema. De los ocho derechos enumerados en la Carta de Derechos, los cuatro primeros se refieren al empleo, no a los derechos de bienestar: trabajos; ingresos que proporcionen alimentación, ropa y recreación; remuneraciones económicas decentes, y libertad respecto del dominio de monopolios. El octavo derecho, la educación, implica oportunidades, no bienestar. El séptimo implica circunstancias de determinadas vulnerabilidades: la vejez, la enfermedad, los accidentes y el desempleo. El quinto –a un hogar decente– y el sexto –a una atención médica adecuada– son los más cercanos a los típicos derechos de bienestar, pero incluso estos se ven acotados con mucho cuidado. Roosevelt esperaba que la protección de estos derechos se produjera mediante una mezcla de

acción privada y pública, basada fundamentalmente sobre la libre empresa.

A lo largo de su presidencia, el énfasis de Roosevelt no estuvo en las garantías gubernamentales ni en los planes de servicios sociales. Odiaba el subsidio de desempleo. Recordemos su sugerencia de que el gobierno federal "no tiene la intención ni desea imponer al país o a los desempleados mismos un sistema de asistencia que sea incompatible con los ideales estadounidenses de independencia de los individuos". Al hacer hincapié en el trabajo, los promotores del New Deal obraban dentro de un marco de trabajo diferente al de la guerra contra la pobreza del presidente Johnson y del movimiento por los derechos de bienestar de los años sesenta.[251] Roosevelt buscaba el derecho a las oportunidades básicas y a un sistema económico que permitiera trabajar a la gente. De la educación y el trabajo, pensaba, seguiría casi todo lo demás. Pero insistía en que no se podía simplemente asumir la oportunidad de trabajar; hacía falta un gran esfuerzo por parte del gobierno a escala nacional, estatal y municipal. Hasta cierto punto, Roosevelt respaldaba los derechos a la asistencia material, pero lo hacía para proteger a aquellos que no podían trabajar, principalmente como resultado de un accidente, una enfermedad o la vejez. Su explicación básica no era complicada: primero, las oportunidades para quienes podían aprovecharlas, y a continuación, las necesidades materiales, ofrecidas como una cuestión de privilegio, para los demás. Esta explicación difícilmente podía dañar el carácter humano; por el contrario, debía mejorarlo.

Roosevelt no sostenía que todos debían recibir recursos si estaban en condiciones de trabajar pero se negaban a hacerlo. Desde el New Deal, las naciones han aprendido mucho acerca de cómo proporcionar buenas iniciativas y también ayudar a quienes lo necesitan. El principio más general es que el gobierno debe confiar en programas basados sobre incentivos, y favorables en términos de mercado, en lugar de controles nacionales centralizados. Como ejemplo de un plan lejos de ser ideal, uno que lamentablemente el propio Roosevelt apoyaba, consideremos las medidas para aumentar el salario mínimo. El primer problema es que en ese caso los grandes aumentos disminuyen el empleo: los empleadores se ven menos dispuestos a contratar personal si tienen que pagarles un

mínimo legal. Un empleador que está obligado a pagar a los trabajadores por encima de la tasa de mercado puede sumar a menos trabajadores a su plantel. El segundo problema es que muchos de los beneficiarios del aumento del salario mínimo tienen otras fuentes de ingresos y no son realmente pobres. Si queremos ayudar a los trabajadores que de verdad necesitan asistencia, desconfiaremos de los aumentos del salario mínimo simplemente porque no tienen como principales destinatarios a los necesitados. El movimiento popular por un "salario digno" exige a los empleadores que paguen montos especificados que exceden el mínimo federal (por ejemplo, el monto necesario para sacar a una familia de cuatro miembros debajo del nivel federal de pobreza). El salario digno aumenta los ingresos de muchos pobres, pero también los de muchas personas que no son pobres. Al igual que el salario mínimo, tiene el efecto desafortunado de dejar a gente sin trabajo.

Como ejemplo de lo que realmente funciona, consideremos el crédito tributario por ingresos devengados (earned income tax credit, EITC), actualmente usado en muchos países, incluidos los Estados Unidos. En este abordaje, los trabajadores de salarios bajos obtienen un crédito tributario del gobierno, suficiente para elevar su remuneración total a un nivel decente ("remunerativo"). En los Estados Unidos, por ejemplo, alguien que tiene ingresos de alrededor de US$10.000 recibe unos US$3800 en la fecha en que presenta su declaración de impuestos; en ese mismo momento, una madre y un padre que ganan US$25.000 reciben cerca de US$1200. En este país, el EITC ha sido un gran éxito y ha sacado de la pobreza a millones de personas. En los últimos años, ha ayudado a unas cinco millones de personas, incluidos dos millones de niños, a recibir ingresos por encima de la línea de pobreza.[252]

El enfoque del EITC tiene tres grandes ventajas. En primer lugar, no hace que el trabajo sea un factor más oneroso para los empleadores y, por lo tanto, no disminuye su deseo de contratar a trabajadores. En segundo lugar, aumenta el incentivo de las personas para trabajar, al hacer que el empleo sea más remunerativo. En tercer lugar, está dirigido específicamente a las personas necesitadas. Los creadores de políticas innovadoras han tomado este modelo como base para proteger otros aspectos de la segunda Carta de Derechos. Han buscado, por ejemplo, entregar cupones para vivienda a los

pobres y cupones para alimento a aquellos que no pueden comprar lo suficiente para alimentarse. No pretendo diseñar iniciativas políticas aquí. Sólo sugiero que quienes creen en la segunda Carta de Derechos no están comprometidos con los abordajes que socavan los incentivos o causan dislocaciones graves en la economía, sino con ciertos objetivos o principios. Los medios para lograrlos deberían intentar utilizar los mercados en lugar de desplazarlos, y deberían estar muy atentos a los efectos perjudiciales de ciertos tipos de garantías gubernamentales. Es completamente posible aceptar la segunda Carta de Derechos y, al mismo tiempo, alentar la autosuperación.

Los derechos negativos y los derechos positivos

Muchas personas creen que apoyan los “derechos negativos” (o derechos contra la interferencia gubernamental) pero no los “derechos positivos” (o derechos a recibir ayuda del gobierno). Si esta distinción es significativa, podríamos criticar la segunda Carta de Derechos por crear un derecho afirmativo a la asistencia pública y por desconocer nuestra interpretación tradicional de los derechos. Tal vez las democracias liberales deberían limitarse a proteger contra el propio gobierno. Tal vez el derecho a la protección del gobierno tenga, como mínimo, un estatus especial. Tal vez la segunda Carta de Derechos proteja intereses antes que derechos, y tal vez estaríamos rebajando la categoría de los derechos al incluir privilegios para una protección positiva por parte del gobierno. Tal vez los redactores de la Constitución interpretaron sabiamente que una carta de derechos era un lugar para prevenir los excesos y la opresión del gobierno.

Incluso si los derechos incluidos en la segunda Carta son positivos y los de la original son negativos, eso no significa que haya que rechazar la segunda Carta de Derechos. Muchas personas sostienen que el catálogo negativo debería complementarse con uno positivo. Si, por ejemplo, creemos en la distinción entre los derechos negativos y los derechos positivos, pero insistimos en que todos son

esfuerzos para proteger las capacidades humanas, estamos aceptando algunos negativos y otros positivos. Sin embargo, el problema más grave es que el argumento se basa sobre una distinción falsa. Los llamados “derechos negativos” también son derechos a recibir la ayuda del gobierno. Esta es una implicación natural del ataque realista al laissez-faire descripto en el capítulo 2. Hoy en día es tan importante como en ese entonces, y no entenderlo adecuadamente lleva a una confusión enorme.

Para verlo claramente, comencemos con los dos fundamentos de la economía de mercado: la propiedad privada y la libertad de contratar. Como requieren de ayuda del gobierno, el laissez-faire no los puede garantizar. La propiedad privada depende de los derechos de propiedad, que no existen sin el gobierno y las leyes. El sistema legal crea esos derechos y todo lo que los acompaña. El gobierno es necesario tanto para crear el sistema de derechos de propiedad como para controlarlo. Sin leyes contra la intrusión y una fuerza policial, la propiedad no podría existir. Walter Lippmann escribió en 1937: “Mientras los teóricos hablaban del laissez-faire, los hombres compraban y vendían títulos legales de propiedad, fundaban corporaciones, elaboraban y hacían cumplir contratos, y demandaban por daños. En estas transacciones, por medio de las cuales se llevaba a cabo la obra de la sociedad, siempre estaba involucrado el Estado”.[253] Después del comunismo, las naciones de Europa del Este y la ex Unión Soviética aprendieron muy bien la lección. Si los estadounidenses pueden olvidar esto, sólo se debe a que las acciones afirmativas del gobierno para crear y aplicar los derechos de propiedad están tan generalizadas y se dan tanto por sentado que ni siquiera parecen acciones.

De hecho, el gobierno está “implicado” en todo lo que la gente posee. Cuando una empresa tiene una o varias estaciones de radiodifusión, esto sólo es posible porque el gobierno crea un derecho de propiedad –no sólo en cuanto al edificio y los equipos de la estación, sino respecto del contenido divulgado por la emisora e incluso en la frecuencia particular en que lo hace– y está listo para respaldar ese derecho con leyes. Si los ricos tienen mucho dinero, es porque el gobierno provee un sistema en el cual están facultados a tenerlo y mantenerlo. Desde luego, esto no significa que negamos que muchas personas trabajan muy arduamente para obtener lo que

ganan. Pero sin gobierno tendrían que enfrentarse a un todos contra todos, una prueba de fuerza. ¿Quién sabe qué surgiría de esa prueba? Sin un gobierno activo que crea y controla los derechos de propiedad, la propiedad (en la medida en que exista) es un producto del poder privado, lo que significa que puede ser bastante insegura. El sistema resultante ha sido descripto atinadamente como una especie de mercado negro institucionalizado, en el que los derechos de propiedad dependen del reconocimiento de los poderosos, incluidos los líderes locales –los ancianos de la aldea, los señores de la guerra, los jefes de la mafia o cualquier persona con suficiente fuerza para luchar bien–.[254] En un sistema de este tipo, es probable que la propiedad resulte frágil y que no sea fácil aprovecharla para crear más riqueza.

Lo que es verdad para la propiedad es igual de cierto para los contratos. Para que los mercados libres funcionen, los gobiernos no pueden mantenerse al margen. Necesitan establecer una gran cantidad de leyes contractuales y obligar a los compradores y vendedores a cumplir con sus obligaciones contractuales, a través de tribunales y posiblemente de la policía. De lo contrario, un gran número de personas no cumplirán sus promesas. Si el gobierno no puede exigir los compromisos contractuales, los mercados libres no funcionarán. Por eso, es indispensable contar con un gobierno fuerte y activo. El derecho supuestamente negativo a la libertad de contratar tiene un carácter positivo, que requiere la participación del gobierno en lugar de su ausencia.

Lo mismo aplica para todas nuestras llamadas “libertades negativas”. Consideremos la libertad de expresión. En los Estados Unidos, al igual que en la mayoría de las democracias, la libertad de expresión exige que las calles y los parques estén abiertos y sean seguros para la disidencia política. Para que las calles y los parques estén abiertos, el gobierno debe actuar; no alcanza con que se abstenga. Mantenerlos es costoso, pero el gobierno debe hacer aún más; debe dedicar esfuerzos a proteger y manejar las protestas públicas. De hecho, las libertades más negativas requieren un gobierno afirmativo. El derecho básico a no ser torturado ni sufrir la brutalidad policial necesita que el gobierno tome medidas para vigilar los actos de sus propios agentes y asegurarse de que no haya torturas ni abusos. Si lo hacen, el Estado debe procesar a los

torturadores como delincuentes. Podemos describir el derecho a no sufrir abusos del gobierno como un derecho "negativo" si queremos, y en cierto sentido la descripción es inteligible; pero no debemos pasar por alto la medida en que la protección de este derecho "negativo" requiere de una serie de protecciones "positivas" (bien financiadas).

La protección de otros derechos "negativos" también es costosa. La Quinta, Sexta, Séptima y Octava Enmiendas –una parte significativa de la Carta de Derechos original– regulan los sistemas de justicia penal y civil. Requieren juicios con jurado, audiencias justas, reglas de evidencia y fianza. Al hacer esto y más, exigen que los contribuyentes destinen una gran cantidad de dinero a la administración de la justicia. Consideremos la sugerencia, de un comentarista en 1946, de que "es sólo porque nacemos en este mecanismo al nacer en nuestros hogares que lo damos por sentado y no nos damos cuenta […] de cuán inmenso es el esfuerzo cotidiano del gobierno que se necesita para mantenerlo en funcionamiento. En términos de mecanismo y personal capacitado, un sistema de seguridad social es un juego de niños en comparación con el sistema que da efecto al debido proceso legal".[255] Y esto es simplemente la punta del iceberg. Para monitorear a sus propios agentes, y así proteger la libertad negativa, el gobierno debe gastar cientos de millones de dólares por año. Los derechos de propiedad y de contratar son aún más costosos. Requieren una fuerza policial y un sistema de defensa nacional; estamos hablando de una fracción significativa del presupuesto federal.

Por lo tanto, es una enorme metida de pata sugerir, como muchos hacen, que para los derechos tradicionales, el "aparato gubernamental requerido es relativamente pequeño. […] El único gasto significativo es el de los militares, para protegernos contra la agresión extranjera".[256] Para proteger la Carta de Derechos original, el gobierno debe hacer mucho más que proporcionar un ejército. Su aparato debe ser muy grande.

En estas circunstancias, es casi absurdo encontrar tanta gente quejándose de que los impuestos les sacan parte de "su" dinero. Un cheque de pago mensual, los dividendos de las acciones y los intereses sobre las inversiones sólo existen debido a un orden legal

y un conjunto de políticas de las cuales se benefician todos. Ese orden y esas políticas cuestan mucho dinero. Cuando el dinero se considera "nuestro", no es porque la naturaleza así lo haya decretado, sino por un aparato de normas que implican la propiedad y el contrato. Si un conjunto de normas que acompañan, llamadas "normas tributarias", reducen el monto pertinente, es absurdo intentar quejarse de la "interferencia gubernamental". La interferencia gubernamental es lo que hace posible que haya cheques, acciones e intereses de inversión en primer lugar. Por supuesto, algunos impuestos son demasiado altos, pero la objeción a ellos no puede depender de una queja general sobre "el gobierno".

Una vez entendidos estos puntos, se vuelve imposible oponerse a la segunda Carta de Derechos porque los derechos están debidamente limitados a la protección "contra" el gobierno. Incluso para quienes rechazan la segunda Carta de Derechos, la libertad necesita la presencia del gobierno, no su ausencia.

Podemos ir aún más lejos. Quienes no tienen vivienda, comida y ropa, ¿pueden quejarse de que el gobierno ha interferido con sus derechos "negativos"? Sin duda pueden hacerlo. Aquellos que no tienen vivienda están en esa situación porque la propiedad ajena está protegida por la ley contra la intrusión. Reconocer esto no es quejarse de los derechos de propiedad, que son indispensables, sino simplemente decir que la falta de vivienda es una condición legal, producida en parte por el gobierno, y que nada tiene que ver con la naturaleza.[257] Recordemos el énfasis de Amartya Sen en el papel de los "derechos legales" en la producción de hambrunas. "Podemos considerar que otros factores relevantes, como las fuerzas del mercado, operan por medio de un sistema de relaciones legales (derechos de propiedad, obligaciones contractuales, intercambios legales, etc.). La ley se sitúa entre la disponibilidad de alimentos y el privilegio de recibirlos. Las muertes por inanición reflejan la legalidad en su máxima expresión".[258] Que la gente pueda comer depende de sus privilegios legales, en especial de sus derechos legales al alimento y las cosas que posibilitan que la gente coma. Esto no sólo aplica a las muertes por inanición, sino también a una amplia gama de privaciones para las que la segunda Carta de Derechos se entiende como remedio.

De derechos e intereses

Algunas personas podrían admitir este punto y, aun así, insistir en que no puede haber “derecho” a la asistencia del gobierno: empleo, alimentos, refugio, ropa, vivienda o atención médica. Para ellos, los ciudadanos tienen un “derecho” a la libertad de expresión, a la libertad de religión, o de propiedad, pero no a la asistencia del gobierno. Estas afirmaciones no necesariamente dependen de nociones confusas sobre los derechos negativos y positivos; podrían basarse en una postura de principio sobre lo que realmente es un derecho.

El término “derecho” se utiliza de diversas maneras. En las comunidades religiosas, suele referirse a lo que Dios confiere, diferenciado de las instituciones humanas. Tal vez la Carta de Derechos original se refiera a los derechos proporcionados por Dios; quizás la segunda sea muy diferente en ese aspecto. La Declaración de Independencia proclama: “Sostenemos como evidentes estas verdades: que todos los hombres son creados iguales; que son dotados por su Creador de ciertos derechos inalienables”. Para muchas personas, los derechos enumerados en la segunda Carta de Derechos no se pueden describir de manera razonable en estos términos. Según la tradición del derecho natural, superpuestos con los religiosos, la noción de derechos suele referirse a lo que la gente tiene o merece en virtud de su humanidad; a veces esta noción se mezcla con la idea de lo que la gente tenía en el estado de naturaleza antes de que se instituyera el gobierno. A lo mejor la segunda Carta de Derechos enumera los derechos que no pueden justificarse razonablemente en relación con el derecho natural. Para la tradición del contrato social, los derechos a veces se conciben sobre la base de una indagación sobre aquello a lo que la gente renunció y lo que ha conservado, en virtud de su paso del estado de naturaleza a la sociedad civil. Quizá las teorías del contrato social apoyan las libertades civiles y políticas, pero no el derecho a la educación o al empleo.

No pretendo enfrentar estos enfoques aquí ni señalar algo controvertido sobre la índole o el fundamento de los derechos. Siguiendo a Roosevelt, mi intención es interpretar los derechos de una manera pragmática en esencia, que agrupa las opiniones que acabamos de describir, en lugar de oponerlas. En el abordaje pragmático, los derechos deben entenderse como instrumentos para proteger los intereses humanos importantes. Es una definición con ciertos propósitos, no un argumento; no acepta ni rechaza ninguna afirmación teórica a gran escala. Para aceptar la definición con ciertos fines, no es necesario rechazar ninguna explicación particular de sus fundamentos; no necesitamos rechazar la teología, la teoría del contrato social ni el derecho natural. Si estuviéramos preguntando acerca de los fundamentos teóricos de los derechos, o usando el término "derechos" para distinguirlos de los meros intereses, tendríamos que aventurarnos en un territorio más controvertido. Pero para quienes piensan en los compromisos básicos de una nación, el enfoque pragmático será suficiente.

En este sentido, la mejor respuesta para aquellos que creen que la segunda Carta de Derechos no protege los derechos en absoluto es simplemente esta: evasión desvergonzada. Tal vez la segunda Carta de Derechos no proteja los derechos en el sentido en que los críticos comprenden esa idea, y quizás los derechos que comprende no tengan el estatus o los fundamentos de los derechos de la Carta de Derechos original. Sin embargo, tal interpretación de los derechos es irrelevante para los objetivos pragmáticos de Roosevelt y los otros defensores de la segunda Carta de Derechos. Para compartir su respaldo, basta con decir que esta reconoce intereses humanos importantes y es un instrumento útil para asegurar su realización. ¿Se pueden discutir esos puntos razonablemente? ¿Sobre qué bases?

La seguridad y la esclerosis

Una objeción menos rimbombante argumentaría que la segunda Carta de Derechos sería perversa o contraproducente sistemáticamente. Para ver la objeción, podríamos comparar las

leyes y las políticas estadounidenses con las de las naciones europeas que tienen un compromiso total con el Estado de bienestar, como Francia, Alemania y Austria. En esos países, un escéptico podría insistir en que un compromiso cultural con la seguridad y un mínimo social decente ha producido resultados que el propio Roosevelt tal vez aborrecería. En algunas naciones, millones de trabajadores tienen garantías de seguridad laboral, una semana laboral corta y períodos significativos de vacaciones. Al mismo tiempo, otros millones están desempleados en forma crónica y viven del subsidio de desempleo, en el sentido que Roosevelt creía que era destructivo para el espíritu humano. En resumen, el problema es la esclerosis económica, derivada de los efectos nocivos de una regulación estricta del tipo que parece ampliamente compatible con el New Deal. Las políticas que surgen de la segunda Carta de Derechos amenazan con redistribuir la oportunidad de trabajo, no de los ricos a los pobres, sino de los pobres desempleados a la clase media empleada. Las medidas para promover la seguridad pueden ser contraproducentes, no por socavar los incentivos, sino por crear un mosaico de controles que aumentan tanto el desempleo como la dependencia.

Tomemos estos puntos como objeciones a un Estado regulador y de bienestar de estilo europeo, y como un argumento para un sistema más flexible de trabajo y leyes laborales. Una vez tomados así, no pretendo adoptar una postura al respecto aquí. Muchas políticas, nominalmente diseñadas para proteger el bienestar de los trabajadores, terminan aumentando el desempleo, aunque sólo sea porque incrementan el costo de contratar. Los mercados laborales de Europa, así como los trabajadores europeos, se han visto gravemente afectados por las formas rígidas de regulación. Sin embargo, el problema radica en las políticas desacertadas, no en los objetivos subyacentes. Aquí aplica un aforismo atribuido al profesor de Derecho Karl Llewellyn: “La técnica sin moral es una amenaza; pero la moral sin técnica es un desastre”. Demasiada regulación nociva es un desastre porque carece de técnica. Pero la segunda Carta de Derechos especifica algunos fines; es agnóstica sobre cómo lograrlos. Una cultura comprometida con ella haría bien en elegir los medios eficaces que no producen efectos secundarios perjudiciales. He mencionado como ejemplo el crédito tributario por ingresos devengados. Los desarrolladores de políticas creativos

sin duda pueden pensar en muchos otros. La experiencia en Europa, en la medida en que no ha tenido éxito, ofrece una advertencia sobre los medios; no pone siquiera en la mínima duda los objetivos de Roosevelt.

Los impuestos y las adquisiciones

Una objeción más severa sería que los derechos a condiciones mínimas decentes en realidad violan los derechos, simplemente porque exigen la redistribución de recursos. En este sentido, la segunda Carta de Derechos debe rechazarse porque compromete los derechos, concebidos debidamente. La segunda Carta de Derechos obligaría a algunas personas a ayudar a otras mediante la adquisición coercitiva de sus recursos. Para asegurar que todos tengan un "trabajo útil y remunerado", "alimentación, ropa y recreación adecuadas" o "una vivienda digna", será necesario que muchos estadounidenses paguen por otros, y tal vez eso sea una violación de derechos. En palabras de un crítico, la primera Carta de Derechos "refleja una filosofía política individualista que premia la libertad, los derechos del bienestar social o comunitario que está dispuesto a sacrificar la libertad".[259] Algo similar fue levemente sugerido en un editorial del periódico The Wall Street Journal al día siguiente del discurso de Roosevelt:

Esperamos –de hecho, damos por sentado– que la nueva Carta de Derechos sea un complemento y no un reemplazo de la existente; sin embargo, el presidente comentó la existente en pasado. "Fueron nuestros derechos a la vida y a la libertad", dijo el señor Roosevelt.

Son, no fueron, señor presidente.[260]

Debemos tener cuidado con esta objeción. La segunda Carta de Derechos se propone en nombre de la libertad, no de la igualdad.

Muchas personas han reclamado la igualdad básica de los ingresos y las riquezas, pero Roosevelt difícilmente estaba a favor de eso. Aquellos que buscan un piso decente no necesitan buscar la igualdad; la segunda Carta de Derechos sin duda no lo hace. Roosevelt hizo hincapié en las medidas del gobierno para asegurar que la economía privada permitiera a las personas ganar lo que necesitan. Pero, sin lugar a dudas, trataba de "tomar" de quienes tenían muchos recursos lo suficiente para garantizar cantidades decentes a quienes de otro modo estarían en situaciones desesperadas.

¿Esto viola los derechos? ¿Los impuestos en los intereses de la segunda Carta de Derechos es una forma de robo? Para responder afirmativamente a estas preguntas, tendríamos que creer que las personas tienen derecho a sus pertenencias del momento, de modo que cualquier disminución en ellas equivale a una violación de sus derechos. Sin embargo, espero haber dicho suficiente para demostrar que se trata de una postura totalmente improbable. Quienes poseen mucho lo hacen porque las leyes y las instituciones, incluidas las instituciones públicas, lo permiten. Sin apoyo público, los ricos no podrían tener lo que tienen. Sus bienes están protegidos por agencias financiadas por los contribuyentes, incluidos la policía y los tribunales. Sucede lo mismo con la libertad misma. En el estado de naturaleza, liberados de la protección de las leyes y el gobierno, ¿cuánto se beneficiarían los ricos?

Lo que ganamos es –en un sentido importante– nuestro; pero lo que tenemos es posible gracias a un elaborado sistema de gobierno afirmativo. Quienes denuncian la generosidad del gobierno como una violación de los derechos ignoran hasta qué punto sus propios derechos son producto de la acción y la generosidad del gobierno.

Quizá la verdadera crítica a la segunda Carta de Derechos como una violación de los derechos no implique la transferencia de recursos. Tal vez el temor es que requeriría un aparato gubernamental complejo que allanaría el camino hacia una forma de tiranía. Sin duda, ese temor ha estado involucrado en la detención de los movimientos a favor de la reforma de la asistencia sanitaria en los Estados Unidos. Tal vez el miedo esté bien situado en este contexto. En la época del New Deal, eran bastante comunes las objeciones a

la creación de nuevas instituciones reguladoras, dotadas de poder gubernamental y en ocasiones controladas de manera insuficiente por el proceso democrático. Desde entonces, la nación ha tenido muchas experiencias desafortunadas con las instituciones burocráticas. Consideremos la Comisión de Comercio Interestatal (Interstate Commerce Commission), que ya no existe ni se extraña, responsable, en sus últimas décadas, de los precios altos y de pocas mejoras en la industria del transporte en los Estados Unidos. Seguramente los lectores pueden pensar en sus propios ejemplos.

Es importante crear salvaguardias contra los errores y contra el abuso burocráticos. Siempre que sea posible, deberían usarse enfoques privados y que favorezcan al mercado para implementar las políticas y proteger los derechos. Pero como objeción a la segunda Carta de Derechos, el temor a la tiranía peca de ingenuo. Los derechos a la educación y a estar libre del dominio de monopolios jamás deberían plantear esa preocupación. En todo el mundo, los gobiernos proporcionan protección en caso de edad avanzada, enfermedad, accidente y desempleo sin que eso cree una tiranía. En los Estados Unidos, podría hacerse mucho más para proteger la seguridad básica. Todas esas medidas deberían diseñarse con cuidado para evitar los riesgos de error y de abarcar demasiado. Sobran los motivos para pensar que un diseño cuidadoso es posible; una vez más, el crédito tributario por ingresos devengados sirve como modelo.

He enfatizado mi convicción de que Roosevelt estaba en lo correcto al afirmar que la segunda Carta de Derechos debía tomarse no como parte de la Constitución escrita, sino como representación de los principios con que el país se compromete fundamentalmente. Sin embargo, muchas personas en varias naciones creen que algo del estilo de la segunda Carta de Derechos debería incluirse en su constitución formal; y para otras personas en otros países, esta idea podría tener sus fundamentos. Quienes la defienden deben responder a una objeción que ya he mencionado en varios lugares: la segunda Carta de Derechos tal vez no pueda ser exigida por los tribunales. Ha llegado el momento de analizar esa objeción en detalle.

12. La cuestión de la exigibilidad

Más vale tener defectos ocasionales de un gobierno que vive con un espíritu de caridad que tener omisiones constantes de un gobierno congelado en el hielo de su propia indiferencia.

Franklin Delano Roosevelt, Discurso ante la Convención Nacional Demócrata de 1936

Ya me he referido a la cuestión de si los tribunales podrían exigir el cumplimiento de la segunda Carta de Derechos. Si llegamos a la conclusión de que la exigibilidad judicial es imposible, no habremos refutado el argumento a favor de la segunda Carta de Derechos; por el contrario, nos habremos acercado un poco a la posición del propio Roosevelt. Aquellos que creen que la segunda Carta de Derechos no es exigible podrían creer, al igual que Roosevelt, que los derechos que enumera deben contar como compromisos constitutivos que hay que proteger democráticamente, no judicialmente. O pueden insistir en un camino como el establecido en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, donde los tribunales controlan y difunden las violaciones, pero no las abordan.

Sin embargo, en muchos países, quienes aceptan la segunda Carta de Derechos han estado argumentando a favor de su exigibilidad judicial. En los Estados Unidos, tampoco es una cuestión irrelevante. En cierta medida, se reconocen algunos aspectos de la segunda Carta de Derechos como partes de la constitución vigente, y los tribunales siguen desempeñando un papel. Las constituciones estatales protegen algunos aspectos de la segunda Carta de Derechos, y hay argumentos continuos a favor de dar un lugar más fuerte a los tribunales estatales en la protección de los derechos relevantes. ¿Pueden hacerlo? Esta es una pregunta intensamente

pragmática.

Es fácil encontrar escépticos.[261] Para ellos, los tribunales no pueden exigir a los gobiernos que se ocupen de proporcionar educación, "alimentación, ropa y recreación adecuadas", de evitar el dominio de monopolios o brindar atención sanitaria; ese tipo de exigencias estarían muy por encima de las capacidades judiciales. Pero no está claro que el escepticismo esté justificado. ¿Por qué, precisamente, tales exigencias estarían fuera de las capacidades judiciales? Una posibilidad es que el concepto de "derecho a la asistencia médica" sea extremadamente vago y que los tribunales carezcan de las herramientas necesarias para determinar de manera específica qué implica ese derecho. Como hemos visto, muchos derechos de antaño parecen igual de vagos. El derecho a la "libertad de expresión" podría implicar un montón de cosas. ¿La libertad de expresión incluye la publicidad comercial, la difamación, el discurso sexualmente explícito, el soborno, la solicitación criminal y bailar desnudo? Los tribunales tratan de responder a esta pregunta a pesar de la vaguedad del texto y, al hacerlo, suelen admitir que el derecho en sí está lejos de definirse a sí mismo. Consideremos también el derecho a la libertad de "no sufrir requisas y confiscaciones injustificadas". ¿Ese derecho es realmente menos explícito que el derecho a la atención médica? Podemos preguntar lo mismo sobre la mayor parte de la Carta de Derechos original.

Con respecto a la exigibilidad judicial, el problema con la segunda Carta de Derechos no está en la ambigüedad o la vaguedad, sino en los recursos limitados del gobierno y la dificultad extrema de asegurar que los derechos que incluye se respeten en la práctica. Este es un problema particular de las naciones pobres, que no pueden asegurar que todos los ciudadanos tengan atención médica, trabajo o incluso alimento y un refugio. Para los países ricos como los Estados Unidos, en la práctica, tal vez sea posible garantizar que casi todos tengan algunos de los derechos de la segunda Carta de Derechos, como un nivel mínimo de educación y seguridad social, pero incluso en esos países sería difícil garantizar todos los derechos enumerados. Ninguna nación puede asegurar que todos los ciudadanos tengan trabajo; es inevitable que haya cierto nivel de desempleo. Incluso en la nación más generosa, es probable que en ocasiones algunos ciudadanos no tengan un refugio. Ni siquiera los

programas de vivienda más eficaces pueden acabar con la falta de vivienda. El problema más amplio es que, para implementar la segunda Carta de Derechos, los funcionarios del gobierno deben involucrarse en la asignación de recursos y en la administración de los programas. Los tribunales no están en una buena posición para supervisar esas tareas.

¿Acaso eso significa que los tribunales no pueden tener ningún papel? ¿De esto se desprende que el Poder Judicial no podría exigir el cumplimiento de la segunda Carta de Derechos? El objetivo de este capítulo es arrojar luz sobre esta cuestión, en gran parte mediante el análisis de la Constitución de Sudáfrica y dos decisiones extraordinarias de su Tribunal Constitucional. Después de su experiencia con el apartheid, al diseñar su nueva constitución, Sudáfrica dedicó mucho tiempo a pensar los derechos sociales y económicos. Su debate nacional al respecto probablemente haya sido el más sofisticado de la historia del mundo, y la constitución resultante representa una solución intrigante e ingeniosa al interrogante de si hay que incluir algo del estilo de la segunda Carta de Derechos en un documento fundacional y cómo hay que hacerlo. Como veremos, lo que hace que la solución sea tan prometedora es que reconoce los derechos relevantes de una manera que asume directamente el problema presupuestario.

El Tribunal Constitucional de Sudáfrica ha emitido dos opiniones importantes relacionadas con derechos sociales y económicos. La primera se refería al derecho a la vivienda; la segunda, al derecho a la atención médica. En ambas decisiones, el Tribunal concluyó que los tribunales podían y debían proteger los derechos sociales y económicos, y dictaminó que el gobierno nacional no había cumplido con sus obligaciones constitucionales. En “Gobierno de la República de Sudáfrica c. Grootboom”,[262] el Tribunal dijo que el gobierno estaba obligado a presentar un programa de viviendas de emergencia para aquellos que lo necesitaran. En “Ministerio de Salud c. Campaña de Acción para el Tratamiento”,[263] dictaminó que el gobierno debía permitir a los ciudadanos VIH-positivos el acceso a los medicamentos que los ayudarían. No estableció que cada persona en Sudáfrica tenía un derecho individual a una vivienda digna o a la atención médica adecuada, pero sostuvo que el gobierno está obligado a tomar en serio los dos derechos y

adoptar programas para garantizarlos.

En mi opinión, el Tribunal Constitucional estableció un enfoque nuevo y prometedor de la protección jurídica de derechos sociales y económicos que aborda directamente las preocupaciones más graves de quienes creen que los tribunales no pueden exigir el cumplimiento de tales derechos. Las sentencias del Tribunal exigen que se preste especial atención a los intereses humanos en juego y al establecimiento razonable de prioridades, pero no la protección de cada persona cuyas necesidades económicas están en peligro. Sugieren que los derechos subyacentes pueden servir, no para prevenir la deliberación democrática, sino para garantizar la atención democrática a intereses importantes que de otra manera podrían quedar olvidados en el debate común. Esto tiene grandes implicaciones en lo que pensamos acerca de la ciudadanía, la democracia y las necesidades sociales y económicas mínimas.

Establecer prioridades, echando un vistazo a Nueva York

Los tribunales que protegen los derechos reconocidos por la segunda Carta de Derechos podrían interferir con el establecimiento razonable de prioridades. Un Estado que proporciona muy poca ayuda a quienes buscan vivienda puede estar impulsando el empleo, o invirtiendo sus recursos en programas de salud pública, o brindando una educación a los niños. ¿Acaso se supone que un tribunal debe supervisar todos los programas gubernamentales para asegurarse de que el Estado está enfocándose en las áreas adecuadas? ¿Cómo podría un tribunal adquirir el conocimiento o hacer los juicios de valor para realizar esa tarea? Hay otro punto relacionado con esto. Una medida judicial para proteger los derechos sociales y económicos podría parecer que evita la deliberación democrática sobre temas cruciales. Socavaría la capacidad de los ciudadanos de elegir, de acuerdo con sus propios juicios, los tipos de planes sociales y empleos que prefieren. Por supuesto, algunos de estos puntos también aplican para los derechos

convencionales. Por ejemplo, las decisiones elaboradas para asegurar un sistema de "una persona, un voto" han exigido a los tribunales que se involucren en cuestiones electorales que normalmente resolverían los representantes electos. Los derechos sociales y económicos podrían ser especialmente problemáticos en este sentido si ponen a los tribunales en el lugar de supervisar las instituciones burocráticas a gran escala.

Ya vimos que podríamos responder a estas preocupaciones de diversas maneras. Tal vez las constituciones no deban incluir derechos sociales y económicos en absoluto; quizás la segunda Carta de Derechos debe considerarse un conjunto de compromisos constitutivos sin carácter legal. O a lo mejor tales derechos deban incluirse en la Constitución, pero con una aclaración explícita de que la legislatura, y no los tribunales, estará a cargo de su exigibilidad. El art. IV de la Constitución india sigue expresamente ese camino al presentar "principios rectores" que no son exigibles judicialmente y tratar de alentar la atención legislativa a estos derechos sin involucrar al Poder Judicial. La Constitución de la India sigue el plan básico de Roosevelt e insiste en que la segunda Carta de Derechos contiene derechos reales, pero no implica a los tribunales en el proceso de su cumplimiento. Al no involucrar a los tribunales, existe un riesgo de que los derechos no tengan sentido. Sin embargo, el reconocimiento constitucional de esos derechos podría arrojar una seria atención democrática sobre ellos.

No tenemos que buscar fuera de los Estados Unidos para investigar la cuestión de la exigibilidad. Muchas constituciones estatales garantizan derechos sociales y económicos. El derecho a la educación es especialmente popular y tiene cierto grado de reconocimiento en casi todos los documentos fundacionales estatales. Varias constituciones estatales se refieren en particular a la asistencia pública de una manera que podría decirse que crea derechos. Nueva York es un ejemplo típico. El art. XVII, sección 1, de la Constitución de Nueva York establece: "La ayuda, el cuidado y el apoyo a los necesitados son asuntos públicos y serán provistos por el Estado y sus subdivisiones, y de esa manera y por esos medios, tal como determine la Legislatura específicamente". Esta disposición se ratificó en 1938, inmediatamente después de la Gran Depresión. Tenía dos propósitos: el primero era establecer la

legitimidad de los planes sociales y así aislarlos del ataque constitucional; el segundo, más importante para mis propósitos, era establecer que el Estado tenía un deber positivo de asistir a los necesitados. Por lo tanto, el tribunal más alto de Nueva York declaró que "la asistencia a los necesitados no es una cuestión de gracia legislativa; es una obligación especificada en nuestra Constitución" y es "una parte fundamental del contrato social". [264]

Pero ¿qué significa específicamente esta disposición? Podríamos entenderla como expresión de una aspiración en lugar de establecer algún tipo de derecho. La asistencia a los necesitados sólo debe ser provista "de esa manera y por esos medios, tal como determine la Legislatura específicamente". Tal vez los tribunales no son los indicados para evaluar las determinaciones de la Legislatura. Sin embargo, en el caso "Tucker c. Toia", decidido en 1971, la Corte de Apelaciones de Nueva York fue mucho más lejos, al usar la disposición constitucional para derogar una ley estatal. La ley en cuestión restringía los planes de servicios sociales, al indicar que no les corresponderían a los menores de 21 años que vivieran alejados de la persona con que se casaron o su cónyuge a menos que el beneficiario potencial hubiera iniciado primero una demanda contra cualquier pariente responsable legal para que este contribuyera con su apoyo o cuidado. El propósito evidente de esta ley era asegurar que fueran los familiares responsables legales, y no los contribuyentes, quienes pagaran las necesidades de las personas.

El tribunal consideró que la disposición violaba los derechos constitucionales de los jóvenes y dictaminó que tal disposición "estaría negando en efecto la asistencia pública a personas menores de 21 años que están verdaderamente necesitadas, a menudo no por su culpa, que cumplen con todos los criterios […] que determinan su necesidad", sólo porque no han obtenido una inclinación final en un procedimiento de asistencia. Algunos menores necesitados –razonó el tribunal– podrían desconocer el paradero de sus padres, que acaso no estuviesen en el estado. El tribunal acordó que la Legislatura de Nueva York está dotada de "una amplia discrecionalidad en esta área", pero insistió en que no podía "eludir su responsabilidad, que es tan fundamental como cualquier otra responsabilidad del gobierno".

En un caso más reciente, el mismo tribunal fue más allá, al concluir que el Estado no podía negar los beneficios de Medicaid a los inmigrantes legales.[265] El caso llegó a la justicia de la mano de doce extranjeros que residían legalmente en Nueva York. Según la ley estatal, las personas que ingresaran a los Estados Unidos después del 22 de agosto de 1996 no recibirían los beneficios estatales de Medicaid durante cinco años luego de adquirida la residencia en el país. El tribunal reconoció que el Estado "no está obligado a satisfacer todas las necesidades legítimas de cada persona necesitada" y que tenía una amplia discrecionalidad "para determinar quién está 'necesitado' y asignar los dineros públicos en consecuencia". Pero en este caso el Estado había impuesto "una condición de elegibilidad excesiva que no tenía nada que ver con la necesidad y los privaba de una categoría entera de beneficios de necesidad básica que de otra manera estarían disponibles".

Pese a estas decisiones, los tribunales de Nueva York se han mostrado reacios a intervenir de manera agresiva en los programas de asistencia social del Estado. En un caso, por ejemplo, no se dio apoyo social a las personas que, aparentemente sin una justificación adecuada, se negaban a aceptar un empleo. El tribunal ratificó la negación del apoyo, al concluir que podía considerarse, con razón, que dichas personas no estaban "necesitadas".[266] También confirmó un estatuto que señalaba que, en casos en los cuales infantes vivían con sus abuelos, se consideraría que parte de los ingresos de estos quedaban a disposición de los niños al calcular las transferencias sociales.[267] El tribunal señaló que dicho estatuto era una manera razonable de definir la necesidad incluso si, en casos específicos, los ingresos de los abuelos a veces no estaban disponibles para el niño.

La situación en Nueva York es muy esclarecedora. Sugiere que, de hecho, es posible cierto grado de exigibilidad judicial de la segunda Carta de Derechos, que los tribunales están facultados a tomar algunas medidas para proteger las necesidades desesperadas y a la vez respetar las sentencias razonables de la Legislatura.[268]

Los derechos y los recursos

Gran cantidad de litigios sobre estas cuestiones proviene de Europa, en especial de Europa oriental, donde los tribunales han protegido activamente derechos sociales y económicos. Por ejemplo, el Tribunal Constitucional de Letonia, invocando el derecho a la seguridad social, dictaminó que los ciudadanos extranjeros que trabajan en el país con permisos de residencia temporaria tienen derecho a recibir los subsidios por desempleo en virtud de la Constitución.[269] El mismo tribunal derogó una ley que concedía a los empleadores prórrogas para hacer los aportes a la seguridad social de sus empleados.[270] La Corte Suprema de Estonia anuló una ley que condicionaba los beneficios de asistencia pública a la propiedad del beneficiario o al derecho legal a utilizar una vivienda. El tribunal consideró que la ley restringía indebidamente el derecho fundamental a los beneficios de subsistencia.[271]

En una decisión especialmente llamativa, la Unión Europea dictaminó que un prisionero tenía un derecho absoluto, en virtud de la Convención Europea de Derechos Humanos, a la provisión gubernamental de una alimentación adecuada, y ese derecho no se podía restringir por motivo alguno. De eso se desprende que el gobierno no podía reducir las comidas de un prisionero de tres por día a una como castigo por negarse a usar la ropa de la prisión.[272] El Tribunal Constitucional de Polonia invocó el derecho a la vivienda para invalidar una ley de desalojo que no garantizaba a los pobres una vivienda transitoria adecuada.[273] El Tribunal Superior de Rumania se basó sobre el derecho a recibir beneficios de desempleo para derogar una ley que negaba esas prestaciones a los trabajadores que perdían su empleo mientras asistían a instituciones de educación superior.[274]

En el mundo entero, los tribunales están desarrollando principios para juzgar los reclamos de que el gobierno no ha respetado las garantías sociales y económicas. El fallo más detallado proviene de Sudáfrica.

El enfoque apropiado de los derechos sociales y económicos fue debatido intensamente antes de la ratificación de la Constitución sudafricana. La idea de incluir esos derechos económicos fue impulsada en gran medida por su reconocimiento en el derecho

internacional, y sobre todo por el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. De por sí, esto es un testimonio de la influencia de Roosevelt. Sin su apoyo a la libertad para vivir sin miseria y su defensa de la segunda Carta de Derechos, las garantías sociales y económicas difícilmente habrían tenido el estatus que tienen. Como cuestión de principio, pocos sudafricanos argumentaron que el refugio, la alimentación y la atención médica decente no pertenecían a la lista de intereses humanos importantes. Tampoco dieron a estos derechos menos importancia que a los derechos civiles y políticos convencionales. El argumento contra su inclusión en la Constitución se hizo sobre fundamentos pragmáticos: ¿estaban realmente sujetos a la exigibilidad judicial?[275] ¿Podían protegerse igual que los derechos más convencionales? Al final, el argumento por los derechos sociales y económicos era irresistible, en gran parte porque dichas garantías parecían una forma indispensable de expresar un compromiso para superar el legado del apartheid, la meta primordial de la nueva Constitución sudafricana.

Aquí, debo hacer una observación general sobre el constitucionalismo.[276] Algunas constituciones son conservadoras; buscan mantener las prácticas existentes para asegurar que las cosas no empeoren. Otras son transformadoras; establecen ciertas aspiraciones que se entienden enfáticamente como una impugnación de las prácticas de larga data. Se definen en oposición a esas prácticas. La Constitución estadounidense combina características conservadoras y transformadoras. Algunas de sus disposiciones miran hacia atrás. Consideremos, por ejemplo, la cláusula del debido proceso de las Enmiendas Quinta y Decimocuarta, que prohíbe al gobierno tomar la vida, la libertad o la propiedad sin el debido proceso legal. Esta cláusula con frecuencia se ha entendido como una medida para proteger tradiciones de larga data; se asegura de que el gobierno no viole los derechos angloamericanos tal como los entienden varias generaciones. Pero otras disposiciones de la Constitución miran hacia delante. La cláusula de igual protección de la Decimocuarta Enmienda, por ejemplo, se diseñó para atacar la discriminación racial. Apuntaba a las prácticas de discriminación de siempre, que muchos temían que perdurarían. No sorprende saber que cada vez que se usó la Constitución para crear garantías sociales y económicas fue por medio de la interpretación de la cláusula de

protección igual para todos.

La Constitución sudafricana es el principal ejemplo mundial de una constitución transformadora. Gran parte del documento es un esfuerzo para eliminar "raíz y rama" del apartheid. La mejor manera de entender la presencia de los derechos sociales y económicos en su texto es como una medida para asegurar que los gobiernos futuros no caigan presa de nada que se parezca a los males de la época del apartheid. El objetivo central era asegurar que ningún tipo de persona viva en situaciones desesperadas y que el gobierno se comprometa a tomar medidas para evitar la privación extrema.

Pero ¿cuál es la relación entre los derechos sociales y económicos, los recursos disponibles, los tribunales y las legislaturas? Los redactores de la Constitución sudafricana eran conscientes de que el nuevo gobierno no podía garantizar un mínimo cómodo para todos los ciudadanos de la nación. Por lo tanto, se les presentó una opción. Luego de decidir que incluirían algunos aspectos de la segunda Carta de Derechos, podrían haber seguido el mismo enfoque que la India y haber adoptado los "principios rectores" que no estarían sujetos a la exigibilidad judicial. También podrían haber seguido otra tendencia que ha demostrado ser popular en algunos documentos internacionales, en los cuales se garantizan los derechos sociales y económicos sólo "en función de los recursos que estuvieran a su [del país] alcance". Esta formulación deja una ambigüedad considerable: ¿qué significa "en función de los recursos que estuvieran a su alcance"? Como mínimo, esta calificación es un reconocimiento de que los recursos limitados obligarán al gobierno a hacer menos de lo que podría hacer en principio.

La Constitución de Sudáfrica representa el segundo camino. Los derechos en cuestión suelen adoptar la siguiente forma:

1. Todo individuo tiene derecho a [el bien pertinente].

2. El Estado deberá adoptar las medidas legislativas –y de otra índole– razonables en función de los recursos que estuvieran a su alcance para proveer a la gradual concreción de este derecho.

Esta es la forma básica de los derechos constitucionales de vivienda, atención sanitaria, alimentos, agua y seguridad social. Pero algunos aspectos de la segunda Carta de Derechos parecen estar protegidos con mayor firmeza. Así, la Constitución dice de manera simple y directa: "Ningún individuo podrá ser privado de un tratamiento médico de emergencia". También otorga a todos el derecho a "una educación básica, incluida la educación básica para adultos". Todo individuo tiene derecho a "una alimentación básica, cobijo, servicios de atención médica básicos y servicios sociales" y "a ser protegido de maltratos, negligencia, abusos o degradación". De alguna manera, la Constitución sudafricana va mucho más allá de la segunda Carta de Derechos. Da a todos el derecho a "un ambiente que no resulte perjudicial para su salud o bienestar" y reconoce el derecho a "que se provea a la protección del ambiente natural" por medio de "normas legislativas razonables y medidas de otra índole" para evitar la contaminación, promover la conservación del ambiente natural y asegurar el desarrollo ecológicamente sustentable.

A primera vista, esta Constitución parece garantizar muchos de los derechos reconocidos por la segunda Carta de Derechos y hacerlos exigibles por los tribunales. Sin embargo, para la mayoría de los derechos sociales y económicos, la referencia a "los recursos que estuvieran a su alcance" hace que el documento no sea claro sobre su exigibilidad. ¿Quién decide qué recursos están al alcance? Al tomar como única base el texto, podemos imaginar un fallo judicial en que los tribunales no pueden desempeñar papel alguno, en que sólo los funcionarios electos pueden decidir si hay recursos disponibles y cuáles son. Desde esta perspectiva, la Constitución sudafricana es muy similar a la Constitución india en cuanto a la exigibilidad judicial. Sin embargo, también podemos imaginar una sentencia en que se obliga a los tribunales a proteger los derechos relevantes, asegurando que el Estado ha tomado "las medidas legislativas –y de otra índole– razonables en función de los recursos que estuvieran a su alcance para proveer a la gradual concreción" de esos derechos. Si, por ejemplo, el Estado no hace gran cosa para proporcionar al pueblo alimento y asistencia médica decentes, y es financieramente capaz de hacer mucho más, parecería estar

violando la garantía constitucional.

En una primera sentencia que ratificó la letra de la Constitución, el Tribunal Constitucional de Sudáfrica redactó una opinión sobre varias de estas cuestiones. Respecto de los derechos sociales y económicos, señaló que están verdaderamente sujetos a la exigibilidad judicial. El tribunal concluyó que esos derechos "son, al menos en cierta medida, justiciables". El hecho de que haya que invertir recursos en ellos no es determinante, ya que esto era cierto para "muchos de los derechos civiles y políticos arraigados" en la Constitución. En su gran mayoría, los derechos, incluidos los llamados "derechos negativos", "darán lugar a incidencias presupuestarias similares sin comprometer su justiciabilidad".

Hasta entonces, todo parecía sugerir que en Sudáfrica tratarían la segunda Carta de Derechos igual que la primera. Sin embargo, en el fallo final el tribunal generó mayor confusión al sugerir que "lo mínimo que puede hacerse es proteger negativamente los derechos socioeconómicos de la invasión indebida". El tribunal no afirmó que los tribunales podían ir más allá del "mínimo" y proteger los derechos "positivamente", ni aclaró qué implicaba invadir los derechos socioeconómicos "negativamente". Quizá quería decir que cuando el Estado, o alguien más, priva a alguien de (por ejemplo) un refugio (digamos, al expulsarlos de la única fuente de vivienda disponible), la exigibilidad judicial sería conveniente. Ese podría ser un caso de "invasión indebida" de un derecho. No sería trivial reconocer un derecho constitucional a vivir libres de dichas invasiones; pero en comparación con lo que se puede imaginar, ese sería un uso acotado de la autoridad judicial en la supervisión de los derechos relevantes. No obligaría al gobierno a proporcionar alimentos, refugio o atención médica.

La primera decisión importante de la Corte Suprema de Sudáfrica fue en relación con el derecho a la vivienda.

La vivienda

El caso “Gobierno de la República de Sudáfrica c. Grootboom” llegó a la justicia de la mano de novecientos demandantes, de los cuales quinientos diez eran niños. Habían vivido durante mucho tiempo en un asentamiento informal de ocupantes ilegales llamado Wallacedene, en los suburbios de Ciudad del Cabo. La mayoría de los habitantes eran pobres en situaciones desesperadas; vivían en chozas sin provisión de agua potable, saneamiento o recolección de residuos. Sólo uno de cada veinte disponía de electricidad. La principal demandante, Irene Grootboom, vivía con su familia y la familia de su hermana en una choza de unos veinte metros cuadrados.

Una gran cantidad de habitantes del asentamiento de Wallacedene había solicitado viviendas de bajo costo. Muchos de ellos fueron incorporados en una lista de espera, donde permanecieron durante varios años. A finales de 1998, frustrados por las condiciones intolerables en que vivían, dejaron el asentamiento y construyeron chozas y refugios en un terreno baldío que tenía dueño y estaba reservado para viviendas formales de bajo costo. Meses más tarde, el propietario obtuvo una orden de desalojo contra ellos, pero Grootboom y otros se negaron a abandonar el lugar. Sostenían que los lugares donde habían vivido antes estaban ocupados, por lo que no tenían otro sitio adonde ir. Más tarde los desalojaron a la fuerza, quemaron y demolieron sus hogares; además, destruyeron sus pertenencias. Entonces, buscaron refugio en un campo deportivo en Wallacedene, bajo estructuras provisorias armadas con trozos de plástico, sosteniendo que sus derechos constitucionales habían sido violados.

Dos disposiciones constitucionales fueron fundamentales para el reclamo de los demandantes. La primera fue el art. 26, que dispone:

1. Todo individuo tiene derecho a acceder a una vivienda adecuada.

2. El Estado deberá adoptar las medidas legislativas –y de otra índole– razonables en función de los recursos que estuvieran a su alcance para proveer a la gradual concreción de este derecho.

3. Ningún individuo podrá ser desalojado de su vivienda ni podrá

esta ser demolida sin una orden judicial, la cual deberá ser dictada habiéndose considerado todas las circunstancias relevantes del caso. Ninguna ley permitirá el desalojo arbitrario.

La segunda fue el art. 28, inc. 1, limitado a los niños, que establece:

Todo niño tiene derecho: […]

b. al cuidado familiar o a un cuidado alternativo adecuado cuando fuera excluido del núcleo familiar;

c. a recibir una alimentación básica, cobijo, servicios de atención médica básicos y servicios sociales.

A los efectos de la interpretación constitucional, el mayor interrogante tenía que ver con la relación entre el art. 26 y el art. 28. Como he sugerido, es fácil entender que el art. 28 da a los niños un derecho incondicional a varios bienes e impone al gobierno, incluso si los recursos fueran escasos, una obligación absoluta de asegurar que los niños coman, tengan un techo y reciban atención médica y servicios sociales. Según esta interpretación, el art. 26 crea un derecho calificado para todos (“gradual concreción”), mientras que el art. 28 crea un derecho incondicional específicamente para los niños. El tribunal inferior razonó exactamente así y sostuvo que ese último artículo crea un derecho absoluto y autónomo de los niños a las protecciones constitucionales. Según esta interpretación, los derechos de los niños no dependen de los recursos “al alcance” ni de la cláusula de “gradual concreción”.

El Tribunal se expresa

En 2000, el Tribunal Constitucional rechazó esta interpretación. Se negó a decir que los niños tienen derechos incondicionales de algún tipo. Al mismo tiempo, dictaminó que los tribunales debían exigir el cumplimiento de los derechos sociales y económicos. Más concretamente, señaló que la Constitución impone al gobierno una obligación exigible judicialmente; que lo requerido es "razonabilidad", y que los derechos constitucionales de los demandantes habían sido violados por la falta de un programa para proporcionarles "un alivio temporario" a quienes no tenían refugio. El tribunal sostuvo que la Constitución no sólo exigía un plan de largo aliento para proporcionar viviendas populares, sino también un sistema para garantizar la ayuda en el corto plazo para las personas sin viviendas. Es la primera vez que el tribunal superior de una nación emite un fallo con este grado de ambición. Lo más llamativo es el enfoque distintivo y novedoso de los derechos sociales y económicos, que no exige una vivienda para todos, sino que se establezcan prioridades con sensatez y especial atención a la situación de los más necesitados.

El análisis del tribunal comenzó con la observación de que todos los individuos tienen derecho a medidas legislativas y de otra índole destinadas a lograr "la gradual concreción de este derecho" a tener una vivienda, no a dar refugio sin importar las restricciones económicas. Al mismo tiempo, el Estado y "las demás entidades y personas" están obligados constitucionalmente a "desistir de evitar o perjudicar el derecho a acceder a una vivienda adecuada". De por sí, esta idea es bastante ambigua. ¿Qué se entiende por "evitar" o "perjudicar"?

Para hacer cumplir el derecho a la vivienda, el tribunal expresó que el Estado tenía dos tipos de obligaciones. Con respecto a "aquellos que pueden darse el lujo de pagar una vivienda adecuada", el deber del Estado es "desbloquear el sistema y proporcionar acceso al inventario de viviendas y un marco legislativo para, mediante leyes de planificación y acceso a financiación, facilitar las viviendas autoconstruidas". Notemos el énfasis del tribunal en el papel de "desbloqueo" de la Constitución. En una interpretación, el tribunal está haciendo hincapié en que los mercados libres en la vivienda pueden promover el derecho a un refugio. En esa interpretación, el Estado tiene la obligación de prohibir un sistema de monopolio en

la vivienda y de crear mercados con suficiente libertad y flexibles para proporcionar una vivienda a quienes pueden pagarla. Si un país tiene mercados libres en el rubro de la vivienda, el sistema de competencia debería ofrecer gran cantidad de viviendas, algunas a precios bajos. Un sistema de mercado libre es en gran medida un aliado, más que un enemigo, de la idea de una vivienda para todos.

Respecto de los más pobres, la obligación del Estado es otra. En este caso, puede cumplir con su obligación mediante "programas para proporcionar una asistencia social adecuada a aquellos que de otra manera no pueden mantenerse a sí mismos ni a quienes dependen de ellos". En el caso "Gobierno de la República de Sudáfrica c. Grootboom", la cuestión central era si el gobierno había tomado medidas "razonables" para asegurar la gradual concreción del derecho. El tribunal concluyó que no lo había hecho, a pesar del amplio aparato público para facilitar el acceso a la vivienda. La razón de esta conclusión era simple: el Estado no había prestado asistencia de emergencia a los necesitados. El verdadero problema era que "no hay una provisión inmediata para facilitar el acceso a asistencia temporal a las personas que no tienen acceso a la tierra y carecen de un techo, a quienes viven en condiciones insostenibles y a quienes están en crisis debido a desastres naturales, como inundaciones o incendios, o porque sus casas están bajo amenaza de demolición".

El tribunal reconoció que el gobierno no necesita dar provisiones a los necesitados que están en situaciones desesperadas "cuando el programa de vivienda a escala nacional logra que haya casas accesibles para la mayoría de las personas dentro de un plazo razonablemente breve". Observemos que "la mayoría de las personas" no engloba a todas las personas; de esto se desprende claramente que la falta de vivienda para algunos no necesariamente sería inaceptable o incongruente con el plan constitucional. El gobierno está obligado por la Constitución a mantener un sistema de cierto tipo, más que protecciones para todos los individuos. Sin embargo, de acuerdo con el programa nacional en vigencia, "la mayoría de las personas" no tendría "casas accesibles" dentro de un plazo razonablemente breve. Por ende, el programa nacional de vivienda es inaceptable constitucionalmente en la medida en que "no reconoce que el Estado debe proporcionar asistencia a quienes

lo necesitan con desesperación. […] Es fundamental que una parte razonable del presupuesto nacional de vivienda se dedique a esto; pero el gobierno debe decidir la asignación precisa en primera instancia".

Para el tribunal, la Constitución no creó un derecho a un "refugio o vivienda inmediata a pedido", sino el derecho a un "programa coherente y coordinado diseñado para cumplir" con las obligaciones constitucionales. Por lo tanto, el Estado se vio obligado a crear un programa de este tipo, que incluyera medidas razonables diseñadas específicamente para dar "asistencia a las personas que no tienen acceso a la tierra y carecen de un techo, a quienes viven en condiciones insostenibles o de crisis". En este caso vemos un nuevo enfoque distintivo y prometedor para los derechos sociales y económicos de una Constitución democrática.

La salud

¿Acaso algún otro aspecto de la segunda Carta de Derechos debería interpretarse dentro de un marco similar? El Tribunal Constitucional sudafricano dio una respuesta parcial en un contexto extraordinario: la crisis nacional del VIH. A primera vista, el derecho constitucional a "la atención a la salud" parecería ofrecer mucho a los ciudadanos de Sudáfrica.

En el caso "Ministerio de Salud c. Campaña de Acción para el Tratamiento", decidido en 2002, la pregunta específica era si el gobierno había respondido en forma adecuada al riesgo de que las madres VIH-positivas transmitieran el virus a sus hijos recién nacidos. El gobierno había adoptado una política inusualmente restrictiva que exigía que cada una de las nueve provincias de la nación estableciera dos centros de investigación para hacer pruebas y brindar asesoramiento, y para suministrar el antirretroviral nevirapina. Sin embargo, excepto en estos centros, prohibió el suministro de esa sustancia, aunque los médicos creían que era apropiado como cuidado médico. La Campaña de Acción para el Tratamiento, preocupada por proteger del sida a los ciudadanos,

sostuvo que la política del gobierno violaba la Constitución, argumentando que la nevirapina debía estar disponible en el sector de la salud pública siempre que el médico que atendía estuviera a favor de usarla. La campaña también afirmó que el gobierno había violado sus obligaciones constitucionales al no establecer un plazo en que crear un programa nacional para prevenir la transmisión del VIH de madre a hijo. Eran declaraciones extraordinarias. Los demandantes solicitaban al Tribunal Constitucional que examinara el funcionamiento del gobierno en un sistema de salud extremadamente complejo.

Las disposiciones constitucionales que rigen son el art. 27 y el 28. El art. 27 otorga a "todo individuo" el derecho de acceso a los "servicios de atención sanitaria, incluida la atención de la salud reproductiva" y estipula que el Estado debe "adoptar las medidas legislativas –y de otra índole– razonables que estuvieran a su alcance para proveer a la gradual concreción progresiva de" estos derechos. Aquí encontramos un claro eco de la segunda Carta de Derechos. El art. 28, recordaremos, otorga a cada niño el derecho a "una alimentación básica, cobijo, servicios de atención médica básicos y servicios sociales". Para justificar sus políticas, el gobierno señaló que la nevirapina requería que se sustituyera la lactancia materna por alimentación con mamadera, lo cual podía confundir a las madres con poca educación. En cualquiera de los casos, el gobierno argumentó que en el largo plazo quería desarrollar un "programa integral" para hacer pruebas y proporcionar asesoramiento, que incluiría el suministro de nevirapina. Sostuvo que sin ese programa integral, los médicos de los hospitales públicos no podían ofrecer los consejos, el asesoramiento y el seguimiento adecuados. Según el gobierno, sin estos servicios auxiliares, la nevirapina tal vez no lograba los beneficios prometidos, y a eso le sumó el temor de que podía provocar un conjunto de efectos secundarios potencialmente perjudiciales.

El tribunal aceptó una de las principales afirmaciones del gobierno y reconoció que "los derechos socioeconómicos no deben interpretarse como que otorgan a todos la facultad de exigir que se les proporcione una base mínima". De esa manera, rechazó la sugerencia de que cada ciudadano debe gozar de un nivel mínimo de protección de asistencia sanitaria, independientemente de los

recursos. Lo que se requiere es que el Estado “proporcione acceso” a estos derechos “de manera gradual”. Por lo tanto, la Constitución exigía que el Estado tomara medidas razonables, diseñadas “para eliminar o reducir las grandes zonas de privación severa que afligen a nuestra sociedad”. Pero en este sentido, el tribunal no estaba completamente convencido de las medidas del gobierno para defender el programa. Su conclusión principal se plasmó en una pregunta: “¿Qué les sucederá a aquellas madres y sus bebés que no pueden solventar el acceso a la atención sanitaria privada y no tienen acceso a los centros de investigación y capacitación?”.

En cuanto a los hechos, el tribunal concluyó que los argumentos del gobierno no eran razonables. “Está claro, a partir de la evidencia, que el suministro de nevirapina salvará la vida de una cantidad significativa de infantes, incluso si es suministrada sin el programa completo y los servicios de apoyo”. Estudios científicos habían demostrado que la nevirapina podía combatir la transmisión de madre a hijo, incluso si la madre amamantaba a su bebé. No había evidencia sólida que apoyara la afirmación de que dosis bajas de nevirapina producirían cepas resistentes de VIH, e incluso si ese hubiera sido un riesgo, los beneficios de las mismas dosis probablemente serían mucho mayores. “Las perspectivas de que el niño sobreviva si se infecta son tan reducidas y la índole del sufrimiento tan grave que vale la pena correr el riesgo de que en el futuro se manifieste alguna resistencia”. En cuanto a la seguridad, el tribunal halló muy poca evidencia de posible daño para justificar la preocupación del gobierno. Por supuesto, las restricciones presupuestarias eran relevantes y justificaban la ausencia de un “programa integral” en todas partes, pero no la limitación de la disponibilidad de un medicamento que salvara vidas.

El tribunal concluyó que el gobierno estaba obligado a “diseñar e implementar dentro de sus recursos disponibles un programa integral y coordinado para concretar gradualmente los derechos de las mujeres embarazadas a tener acceso a los servicios sanitarios para combatir la transmisión del VIH de madre a hijo”. Este programa debía incluir “medidas razonables para asesorar y hacer pruebas de VIH a las mujeres embarazadas, asesorar a las embarazadas VIH-positivas acerca de las opciones que tenían para reducir el riesgo de transmisión de madre a hijo, y poner a su

disposición el tratamiento adecuado para tales fines". El tribunal ordenó al gobierno eliminar las restricciones sobre la nevirapina a disposición; permitir y facilitar el uso del medicamento, con las pruebas y el asesoramiento adecuados; proporcionar lo necesario para capacitar a consejeros para su uso, y adoptar medidas razonables para ampliar las instalaciones para las pruebas y el asesoramiento en todo el sector de la salud pública para facilitar el uso de ese fármaco.

Esta es una opinión verdaderamente notable. El Tribunal Constitucional supervisó fundamentalmente los esfuerzos del gobierno para hacer frente a la crisis del sida. En el proceso, rechazó un juicio de las políticas que a primera vista parecía tener al menos cierta base lógica. Es difícil imaginar una decisión similar por parte de un tribunal estadounidense. La Constitución de los Estados Unidos no ha desempeñado papel alguno en los diversos debates sobre la aceleración de la aprobación gubernamental de los medicamentos para refrenar el sida. Ante una impugnación a las decisiones gubernamentales, los tribunales estadounidenses sin duda dirían que la Constitución no otorga derecho alguno a la atención sanitaria. Esta Constitución se relaciona con al menos un procedimiento médico –el aborto–; pero la Corte Suprema ha dejado en claro que el gobierno no está obligado a subsidiarlo, incluso si es médicamente necesario para las mujeres pobres.[277]

Las preguntas contestadas

Las decisiones del Tribunal Constitucional sudafricano arrojan una nueva luz sobre la relación formal entre la segunda Carta de Derechos, el derecho constitucional y la deliberación democrática. En los países pobres, e incluso en los ricos, los gobiernos no pueden asegurar que todos vivan en condiciones decentes. Si los tribunales no pueden decir que "todo individuo" tendrá una vivienda o una atención sanitaria adecuada, ¿qué pueden decir en respuesta a una objeción según la cual un programa gubernamental es inadecuado?

Todos los derechos tienen costos. El derecho a la libertad de

expresión no estará protegido a menos que los contribuyentes financien un sistema judicial dispuesto y capaz de resguardar ese derecho. Un sistema comprometido con la libertad de expresión también requerirá que los recursos de los contribuyentes se inviertan en mantener franqueadas ciertas áreas donde el discurso puede ocurrir, como la calle y las plazas públicas. Al proteger los derechos más convencionales, el gobierno inevitablemente fija prioridades. Sin embargo, cuando los casos llegan a los tribunales, los derechos convencionales se protegen, y pueden ser totalmente protegidos, individualmente. La mayoría de las veces, los tribunales pueden determinar que un funcionario está censurando el discurso o restringiendo la libertad de religión, y pueden insistir en que la mala conducta se detenga. No necesitan pedir al gobierno que cree ningún tipo de sistema general "razonable" para salvaguardar estos derechos.

Por su propia naturaleza, los derechos sociales y económicos son diferentes. Nadie cree que todos los individuos tienen un derecho exigible a la protección plena de los intereses enumerados en la segunda Carta de Derechos. Al dejar en claro que el Estado no necesita dar a cada ciudadano un hogar, el tribunal sudafricano destacó que el derecho a la vivienda no es absoluto. Para la segunda Carta de Derechos, lo difícil es identificar un enfoque que evite dos opciones extremas: la protección jurídica de los derechos plenamente individuales o la conclusión de que los tribunales jamás pueden desempeñar papel alguno. Sin embargo, el tribunal sudafricano ha trazado una tercera vía: exige un tipo de plan razonable diseñado para asegurar que la asistencia llegará a un porcentaje significativo de los pobres. En este sentido, la Constitución sudafricana limita al gobierno no al asegurar que todos deben tener un refugio, sino al exigirle que dedique un nivel razonable de recursos, más de lo que dedicaría de otra manera, al problema de la vivienda insuficiente de los pobres. Eso es lo que en efecto sostuvo el tribunal en el caso "Gobierno de la República de Sudáfrica c. Grootboom". Exigió al gobierno que desarrolle y financie un programa mediante el cual gran cantidad de pobres tendrían acceso a viviendas de emergencia. Por supuesto, la idea de la razonabilidad no se define a sí misma, y en esto el gobierno tiene amplia discrecionalidad. Sea cual fuere esa discrecionalidad, no actuó de manera razonable en el caso "Gobierno de la República de

Sudáfrica c. Grootboom".

En el caso "Ministerio de Salud c. Campaña de Acción para el Tratamiento", el tribunal se negó a sostener que todo individuo debe recibir una atención sanitaria adecuada. En cambio, prohibió al gobierno descuidar por completo un problema a gran escala y revisó la razonabilidad de sus decisiones centrales. Esta decisión debe entenderse en el contexto de la respuesta palpablemente inadecuada del gobierno sudafricano a la crisis del VIH, una respuesta que en parte nació por la negación irresponsable por parte de altos funcionarios de que ese virus es el responsable del sida. En estas circunstancias, tenía sentido que el tribunal hiciera algo más que refrendar que el gobierno no había puesto a disposición de los niños un medicamento que salva vidas. Lo que el derecho constitucional requiere no es la vivienda ni la atención sanitaria a demanda, sino una medida razonable para asegurar una y otra. Este enfoque garantiza el respeto de un establecimiento razonable de prioridades y una atención especial a las necesidades particulares, sin desplazar los juicios democráticos sobre cómo establecer las prioridades. Este es el enfoque predominante en Sudáfrica hoy en día.

El factor más importante es que un derecho constitucional a la vivienda o a la atención sanitaria puede fortalecer a aquellos que tal vez no podrían progresar mucho en la arena política, quizá porque son figuras poco compasivas o están desorganizadas y carecen de poder político. Las disposiciones de la segunda Carta de Derechos pueden promover la deliberación democrática, y no evitarla, al dirigir la atención política a intereses que de otra manera serían ignorados en la vida política ordinaria. Cuando exigió programas razonables, respetando los presupuestos limitados, el tribunal encontró una manera de evaluar las declaraciones de violaciones constitucionales sin exigir más de lo que los recursos existentes permiten. Así, presentó la refutación más convincente que existe a la afirmación de que en la práctica la protección jurídica de la segunda Carta de Derechos no podría funcionar. Ahora tenemos motivos para creer que una Constitución democrática, incluso en un país pobre, puede proteger esos derechos sin ejercer una presión excesiva sobre las capacidades judiciales.

En sí mismo, este factor no demuestra que la segunda Carta de Derechos deba incluirse en una constitución o que los Estados Unidos deban modificar su documento fundacional para incluirla. Para los Estados Unidos, el mejor camino y el más sencillo parece ser el del propio Roosevelt: tratar la segunda Carta de Derechos como un conjunto de compromisos constitutivos, y así ayudar a definir los principios más profundos de la nación. Sin embargo, la experiencia sudafricana nos muestra que algunas de las objeciones más firmes a la incorporación de la segunda Carta de Derechos a la Constitución están mal concebidas. Si se pide a los tribunales que protejan los derechos que Roosevelt señaló, estos tienen maneras sensatas de hacerlo.

Epílogo

El triunfo incompleto de Roosevelt

Los Estados Unidos son nuevos. Están en pleno proceso de cambio y desarrollo. Tienen las grandes potencialidades de la juventud.

Franklin Delano Roosevelt, cit. por Rosenman

Lo siento, tengo que correr.

Franklin Delano Roosevelt, cit. por Schlesinger

Franklin Delano Roosevelt escribió innumerables artículos, ensayos y discursos, o colaboró en ellos, pero produjo sólo un libro antes de convertirse en presidente. En 1926, a sus 44 años, dio un discurso en la Academia Milton, en Massachusetts. El volumen delgado que nació a partir de sus conferencias se llama Whither Bound?[278]

Gran parte de ese libro se ocupa de una explicación del futuro probable y la necesidad de una actitud optimista de cara a él. Roosevelt habla con desaprobación de un imaginario "ciudadano de esta tierra" que está "muy preocupado […] por la religión sombría, por opiniones convencionales, por la vida regida por preceptos", que "vivía tal como habían vivido sus padres antes que él". Este ciudadano imaginario es hostil al cambio social y científico, está preocupado por la tecnología y aún más por los cuestionamientos a la estructura social existente. "Las mujeres –¡piénsenlo, mujeres!– empezaban a ocupar puestos en oficinas y plantas industriales y exigían –muy pocas– algo llamado 'derechos políticos'". Para Roosevelt, los cambios venideros deberían considerarse oportunidades, llenas de promesas. Pero "algunos de nosotros detendríamos el reloj, interrumpiríamos todo este cambio, y más tarde –de alguna forma bien pensada– repondríamos un modo de

vida ordenado y definido, […] la restauración de 'los buenos tiempos'".[279]

Roosevelt ridiculiza esta postura. Predice que la medicina conquistará muchas formas antiguas de enfermedad, con el resultado de que "comenzamos a esperar vivir hasta una edad avanzada por derecho, y no por mera casualidad". Prevé cambios en el transporte que harán que las capacidades de su presente parezcan "infantiles en nuestras propias vidas". Aún más llamativo: contempla un futuro "en que dos personas cualesquiera en la tierra puedan estar completamente presentes para el otro" en menos de un segundo. "De hecho, me pregunto si pensar en esta probabilidad no es un poco más sorprendente para nosotros esta noche que lo que fue para nuestros abuelos pensar en la voz humana transmitida por teléfono". Según sugiere Roosevelt, todas las tendencias son "hacia una mayor unificación de la humanidad".[280] Las enfermedades de los seres humanos se propagan cada vez más de un país a otro. "La energía se exporta. El capital es internacional". Como resultado, el aislamiento "de los países individuales será tan difícil en el futuro como lo sería el aislamiento de Nueva Inglaterra o del Sur hoy en día". Esto es cierto para la economía, la ciencia, e incluso el derecho, donde los experimentos en la unidad nacional "están influidos por experimentos en otras unidades".

En sus últimas páginas, Roosevelt pasa de la predicción a cuestiones políticas y morales. Aquí hace un llamamiento. La idea del "servicio de la humanidad" –urge–, aunque muy debatida, "todavía está en su primera etapa de desarrollo. El verdadero servicio no llegará hasta que el mundo entero no reconozca al resto del planeta como una gran familia". No basta con ayudar a otro ser humano por un sentido de obligación; hay que brindar asistencia no desde la obligación, sino "como un interés. ¿Cuántos de nosotros prestamos manos solidarias a personas que no nos caen bien, a personas que no 'pertenecen a nuestro grupo', a personas a quienes subconscientemente esperamos no volver a ver?".[281] Roosevelt sostiene que nos volvemos cada vez más "interdependientes. Las comunidades se fusionan en Estados, los Estados en naciones, las naciones en familias de pueblos". La verdadera tarea es "hacernos cargo de nuestra parte de manera positiva, y no negativa".

En la década siguiente, las instituciones públicas de los Estados Unidos se transformaron de manera radical bajo el liderazgo de Roosevelt. El gobierno federal asumió poderes que antiguamente se adjudicaban a los estados. La presidencia creció en forma notable en estatura e importancia; se convirtió en la principal sede de la democracia estadounidense. Se creó una nueva burocracia, que incluía comisiones reguladoras independientes. Los fundamentos del cambio se sintetizan mejor en una nueva interpretación de los derechos, que a menudo necesitó manos solidarias. Para Roosevelt, las situaciones desesperadas no son un producto ineludible de nuestro orden económico; un gobierno decente y alerta puede prevenirlas. “Las leyes económicas no están hechas por la naturaleza, sino por los seres humanos”. Roosevelt insistía en las oportunidades para todos y en mitigar los problemas de quienes están en el fondo de “este mundo nuestro hecho por el hombre”. Reunió sus declaraciones bajo el rótulo de “seguridad”, la cual consideraba indispensable para la libertad. Con el tiempo, estas declaraciones se internacionalizaron con fuerza, con la insistencia de que cada una de las cuatro libertades debían ser gozadas “en el mundo entero”.

Roosevelt creía que hacia 1944 los Estados Unidos había “llegado a aceptar” la segunda Carta de Derechos. Maltratado por la Gran Depresión y una guerra mundial, en ese entonces el país estaba comprometido con la libertad para vivir sin miseria y la libertad para vivir sin temor, que consideraba entrelazadas inextricablemente. Necesitaban la segunda Carta de Derechos para lograr esas dos formas de libertad. Siguiendo las aspiraciones de James Madison para la Carta de Derechos original, Roosevelt esperaba que la segunda tuviera un papel importante en la política y la cultura. Los estadounidenses habían llegado a comprender que, cualquiera sea su retórica, nadie está en contra de la intervención del gobierno, y que la idea del laissez-faire es una descripción confusa del sistema. El gobierno y las leyes favorecen a quienes tienen riquezas y bienes todos los días de cada año. Las personas que se quejan a gritos de la “interferencia gubernamental” ya se están beneficiando de ella; lejos de ser autosuficientes, en gran parte deben su propio bienestar a la asistencia del gobierno. En 1944, según Roosevelt, la verdadera tarea era implementar la segunda Carta de Derechos.

Poco más de medio siglo después, esta tarea sigue muy lejos de completarse. Sin duda, la segunda Carta de Derechos contribuye a explicar las características centrales del gobierno estadounidense moderno. El derecho a la educación está firmemente arraigado a escala estatal, y muchas constituciones estatales lo reconocen explícitamente. La Corte Suprema ha sostenido que la Constitución federal misma da cierta protección a este derecho, y en principio el gobierno nacional está comprometido con asegurar una educación decente para todos. En el mismo sentido, el derecho a estar libre del dominio de monopolios es una parte del gobierno contemporáneo establecida con firmeza. Las leyes que prohíben la conspiración para limitar el comercio son casi tan seguras como el derecho a la libertad de expresión. También la Ley de Seguridad Social tiene las características esenciales de un compromiso constitutivo; en la vida pública, ninguna persona seria puede abogar por su abolición. Los políticos razonables difieren acerca de cómo, exactamente, sostener ese compromiso, pero cuando se ve que lo cuestionan en sí mismo, el público reacciona como si un principio fundamental estuviera en riesgo. Los programas nacionales a gran escala hacen mucho para proporcionar alimento, vivienda, trabajo e incluso atención médica. En todas estas maneras, vivimos bajo la Constitución de Roosevelt, sin importar si lo sabemos o no. En algunas cuestiones cruciales, la Constitución estadounidense se ha convertido en aquella.

Sin embargo, el triunfo de Roosevelt es sólo parcial. La segunda Carta de Derechos no se implementa. El 20% de los niños estadounidenses vive en la pobreza, y esa es la tasa más alta de cualquier país industrializado del mundo. Millones de jóvenes estadounidenses reciben una educación inadecuada; millones de estadounidenses están desempleados; millones sufren de hambre severa; y millones carecen de un seguro de salud y, como resultado, miles de estadounidenses mueren cada año prematuramente.

Las cifras ocultan problemas más grandes. Son demasiados los ciudadanos del país que no tienen presente la medida en que su propio bienestar es producto de un sistema de gobierno que los beneficia todos los días. Son demasiados los estadounidenses que se quejan de la intervención del gobierno sin entender que la riqueza y las oportunidades de las cuales gozan sólo existen gracias a esa intervención agresiva, generalizada, coercitiva y bien financiada. En

una sociedad que pretende premiar la oportunidad para todos, son demasiados los ciudadanos que carecen de una oportunidad mínima justa. En las últimas décadas, hemos despreciado algunos de nuestros ideales más profundos, con raíces no sólo en el New Deal, sino también en la Guerra Civil y el período fundacional. Por lo general, no se conoce la segunda Carta de Derechos.

Los Estados Unidos celebran ahora a lo que llaman la “mejor generación”, los vencedores de la Segunda Guerra Mundial. Debido a sus logros, sus sacrificios y su valor, la generación de la Segunda Guerra Mundial merece que la homenajeen, pero no el sentimentalismo, el romanticismo ni la adoración de los antepasados. Estos no podrían estar más lejos de su espíritu pragmático y con visión de futuro. En plena Segunda Guerra Mundial, el mayor dirigente de esa generación creía que tenía un proyecto, uno que estaba muy lejos de completarse. La mejor manera de dar cuenta de ese proyecto es con la segunda Carta de Derechos.

La libertad para vivir sin temor está inextricablemente ligada a la libertad para vivir sin miseria. La libertad y la ciudadanía están arraigadas en la oportunidad y la seguridad. En cierto sentido, los Estados Unidos viven bajo la segunda Carta de Derechos; pero en otro sentido, la hemos perdido de vista. Deberíamos recuperar la segunda Carta de Derechos en su país de origen.

Apéndice I

Mensaje al Congreso sobre el Estado de la Unión (11 de enero de 1944)

Al Congreso:

En los últimos dos años, esta nación se ha convertido en un aliado activo en la mayor guerra del mundo contra la esclavitud humana.

Nos hemos unido a personas con ideas afines para defendernos en un mundo que ha sido amenazado seriamente por un gobierno de gangsters.

Pero no creo que a ninguno de nosotros los estadounidenses nos conforme la mera supervivencia. Los sacrificios que nosotros y nuestros aliados estamos haciendo nos imponen a todos una obligación sagrada de velar por que, de esta guerra, nosotros y nuestros hijos obtengamos algo mejor que la mera supervivencia.

Nos une la determinación de que a esta guerra no la seguirá otro ínterin que conduzca a un nuevo desastre; de que no repetiremos los trágicos errores del aislacionismo y comportarnos como avestruces; de que no repetiremos los excesos de los salvajes años veinte, cuando la nación dio una vuelta en una montaña rusa que terminó en un accidente trágico.

Cuando el señor Hull fue a Moscú en octubre, y cuando yo mismo fui a El Cairo y Teherán en noviembre, sabíamos que estábamos de acuerdo con nuestros aliados en nuestra determinación común de luchar y ganar esta guerra. Sin embargo, había muchas cuestiones

vitales sobre la paz futura, y las debatimos en una atmósfera de absoluta sinceridad y armonía.

En la última guerra, esas conversaciones, esas reuniones, ni siquiera comenzaron hasta que terminaron las balaceras y los delegados empezaron a reunirse en la mesa de la paz. No habían tenido la oportunidad de tener conversaciones previas cara a cara para ver qué pensaba cada uno. El resultado fue una paz que no fue paz.

Ese fue un error que no vamos a repetir en esta guerra.

Y aquí mismo quiero dirigir unas pocas palabras a algunas almas desconfiadas que temen que el señor Hull o yo hayamos hecho "compromisos" para el futuro que podrían comprometer a esta Nación a tratados secretos, o a representar el papel de Santa Claus.

A esas almas desconfiadas –para utilizar una terminología educada– quiero decirles que el señor Churchill, el mariscal Stalin y el generalísimo Chiang Kaishek están muy familiarizados con las disposiciones de nuestra Constitución. El señor Hull también. Y yo también.

Por supuesto que hicimos algunos compromisos. Ciertamente, nos comprometimos con planes militares muy grandes y muy específicos que requieren el uso de todas las fuerzas aliadas para lograr la derrota de nuestros enemigos lo antes posible.

Pero no hubo tratados secretos ni compromisos políticos o financieros.

El único objetivo supremo para el futuro, que debatimos para cada Nación en forma individual, y para todas las Naciones Unidas, se puede resumir en una palabra: seguridad.

Y eso no sólo significa la seguridad física que brinda protección frente a ataques de agresores. Implica también la seguridad económica, la seguridad social y la seguridad moral en una familia de naciones.

En las conversaciones sinceras y realistas que tuve con el generalísimo, el mariscal Stalin y el primer ministro Churchill,

quedó muy claro que todos están profundamente interesados en la reanudación del progreso pacífico de sus propios pueblos: un progreso hacia una vida mejor. Todos nuestros aliados quieren libertad para desarrollar sus tierras y recursos, para reforzar la industria, para aumentar la educación y las oportunidades individuales, y para elevar los niveles de vida.

Todos nuestros aliados han aprendido, a partir de una experiencia amarga, que el desarrollo real no será posible si son desviados de su propósito por guerras constantes, o incluso amenazas de guerra.

China y Rusia están realmente unidos a Gran Bretaña y los Estados Unidos en el reconocimiento de este hecho fundamental:

Lo que es más beneficioso para cada nación, grande y pequeña, exige que todas las naciones que aman la libertad se unan en un sistema justo y duradero de paz. En la situación actual del mundo, evidenciada por las acciones de Alemania, Italia y Japón, el control militar indiscutido sobre los perturbadores de la paz es tan necesario entre las naciones como lo es entre los ciudadanos de una comunidad. Y un elemento esencial para la paz igualmente básico es un nivel de vida decente para todos los hombres, mujeres y niños de todas las naciones. La libertad para vivir sin temor está eternamente ligada a la libertad para vivir sin miseria.

Existen personas que excavan en nuestra nación como topos ciegos e intentan difundir la sospecha de que alentar a otras naciones a elevar sus niveles de vida implica la necesidad de reducir nuestro propio nivel de vida estadounidense.

La realidad es todo lo contrario. Se ha demostrado una y otra vez que si el nivel de vida de cualquier país aumenta, también lo hace su poder adquisitivo, y que ese aumento estimula un mejor nivel de vida en los países vecinos con que negocia. Eso es sentido común puro, y es el tipo de sentido común puro en que se basaron nuestras conversaciones en Moscú, El Cairo y Teherán.

Al regresar de mis viajes, confieso que sentí cierta “decepción” al hallar varias pruebas de una perspectiva incorrecta aquí en Washington. Esta perspectiva consiste en exagerar los problemas menores, y así subestimar el problema más grande y más

importante.

La abrumadora mayoría de nuestro pueblo ha satisfecho las demandas de esta guerra con un magnífico coraje y comprensión. Han aceptado inconvenientes; han aceptado dificultades; han aceptado sacrificios trágicos. Y están listos y dispuestos a hacer cualquier otra contribución necesaria para ganar la guerra tan pronto como sea posible, si tan sólo se les da la oportunidad de saber qué se requiere de ellos.

Sin embargo, mientras la mayoría continúa con su gran trabajo sin quejarse, una minoría ruidosa mantiene un alboroto de demandas de favores especiales para determinados grupos. Hay plagas que recorren los lobbies del Congreso y los bares de cócteles de Washington, representando a estos grupos especiales en oposición a los intereses básicos de la Nación como un todo. Han llegado a considerar la guerra principalmente como una oportunidad de obtener ganancias para sí mismos a expensas de sus vecinos, ganancias en dinero o en términos de ascenso político o social.

Esta agitación egoísta puede ser muy peligrosa en tiempos de guerra. Crea confusión. Daña la moral. Dificulta el esfuerzo nacional. Enloda las aguas y, por lo tanto, prolonga la guerra.

Si analizamos la historia estadounidense con imparcialidad, no podemos escapar del hecho de que en el pasado no siempre hemos dejado de lado los intereses individuales y egoístas y los intereses partidarios en tiempos de guerra; no siempre nos han unido el propósito y la dirección. No podemos pasar por alto las serias disensiones ni la falta de unidad en nuestra guerra de la Revolución, en nuestra guerra de 1812 o en nuestra guerra entre los estados, cuando estaba en juego la supervivencia de la Unión misma.

En la Primera Guerra Mundial, nos acercamos a la unidad nacional más que en cualquier guerra anterior. Pero esa guerra sólo duró un año y medio, y durante los últimos meses del conflicto comenzaron a aparecer signos cada vez mayores de desunión.

En esta guerra, nos hemos visto obligados a aprender qué tan interdependientes entre sí son todos los grupos y los sectores de la población estadounidense.

El aumento de los costos de los alimentos, por ejemplo, traerá nuevas demandas de aumentos salariales de todos los trabajadores de la guerra, lo que a su vez elevará los precios de todas las cosas, incluidas aquellas que los propios agricultores tienen que comprar. El aumento de los salarios o los precios, a su vez, producirán los mismos resultados. Todo esto tiene consecuencias particularmente desastrosas en todos los grupos con ingresos fijos.

Y espero que recuerden que todos los miembros de este gobierno representamos al grupo con ingresos fijos tanto como representamos a los dueños de negocios, los trabajadores y los agricultores. Este grupo de personas con ingresos fijos incluye a maestros, clérigos, policías, bomberos, viudas y menores con ingresos fijos, esposas y dependientes de nuestros soldados y marineros, y jubilados. Ellos y sus familias constituyen una cuarta parte de nuestros ciento treinta millones de personas. Tienen pocos, o no tienen, representantes en el Capitolio que ejerzan mucha presión. En un período de gran inflación serían los que más lo sufrirían.

Si alguna vez hubo un tiempo en el que había que subordinar el egoísmo individual o colectivo al bien nacional, ese tiempo es ahora. La desunión en el país: las disputas, el partidismo egoísta, los paros laborales, la inflación, los negocios de siempre, la política de siempre y el lujo de siempre, todos constituyen las influencias que pueden socavar la moral de los hombres valientes dispuestos a morir en el frente por los que estamos aquí.

Aquellos que más se quejan no se están esforzando deliberadamente para sabotear el esfuerzo bélico de nuestro país. Trabajan bajo la ilusión de que ya pasó el tiempo en que debíamos hacer sacrificios prodigiosos, que la guerra ya está ganada y ya podemos empezar a relajarnos. Pero lo peligrosamente absurdo de ese punto de vista se puede medir por la distancia que separa a nuestras tropas de sus objetivos principales en Berlín y Tokio, y la suma de todos los riesgos que hay a lo largo del camino.

El exceso de confianza y la complacencia están entre nuestros enemigos más fatales. La primavera pasada, después de notables victorias en Stalingrado y Túnez, y contra los submarinos en altamar, el exceso de confianza se volvió tan pronunciado que la producción bélica cayó. En dos meses, junio y julio de 1943, no se

construyeron más de mil aviones que pudieron haberse fabricado y debieron haberse hecho. Quienes no los hicieron no habían estado de paro; simplemente decían: “La guerra ya está asegurada, así que relajémonos”.

Esa actitud por parte de cualquiera –el gobierno o la gerencia o la fuerza de trabajo– puede prolongar la guerra. Puede matar a jóvenes estadounidenses.

Recordemos las lecciones de 1918. En el verano de ese año, la balanza se inclinó a favor de los aliados, pero este gobierno no se relajó. De hecho, el esfuerzo nacional se intensificó. En agosto de 1918, el rango de edad para ser seleccionado se extendió de 21-31 años a 18-45 años. El presidente exigió “esforzarnos al máximo”, y su pedido fue escuchado. Y en noviembre, sólo tres meses después, Alemania se rindió.

Esa es la manera de luchar y ganar una guerra –con todo–, y no con medio ojo puesto en lo que ocurre en los frentes de batalla en el extranjero y el otro ojo y medio sobre los intereses personales, egoístas o políticos aquí en el país.

Por lo tanto, para concentrar todas nuestras energías y recursos en ganar la guerra y mantener una economía local justa y estable, recomiendo que el Congreso adopte:

Una ley tributaria realista, que gravará todas las ganancias no razonables, tanto individuales como corporativas, y reducirá el costo final de la guerra para nuestros hijos e hijas. El proyecto de ley tributaria, ahora bajo consideración del Congreso, ni siquiera se acerca a cumplir estos requisitos.

Una continuación de la ley para la renegociación de los contratos de guerra, que evitará beneficios exorbitantes y garantizará precios justos al gobierno. Durante dos largos años, he suplicado al Congreso que elimine las ganancias indebidas de la guerra.

Una legislación sobre costos de los alimentos, que permitirá al gobierno: fijar un piso razonable a los precios que el agricultor puede esperar por su producción; y b) fijar un techo a los precios que el consumidor tendrá que pagar por los alimentos que compre. Esto debe aplicarse solamente a los productos de primera necesidad y necesitará de fondos públicos para llevarse a cabo. Costará en asignaciones cerca del 1% del actual costo anual de la guerra.

La reconstitución temprana del estatuto de estabilización de octubre de 1942, que vence el 30 de junio de 1944, y si no se extiende con bastante antelación, el país también podría esperar un caos en los precios para el verano. No podemos lograr estabilización con sólo desearlo. Debemos tomar medidas concretas para mantener la integridad del dólar estadounidense.

Una ley de servicio nacional que, durante la guerra, prevenga las huelgas y, con algunas excepciones pertinentes, pondrá a disposición de la producción bélica o cualquier otro servicio esencial a todos los adultos sanos de la nación.

Estas cinco medidas forman un conjunto justo y equitativo. No recomendaría una ley de servicio nacional a menos que se aprobaran las otras leyes para mantener un costo de vida bajo, para compartir equitativamente las cargas impositivas, para mantener la línea de estabilización y para evitar ganancias indebidas.

El gobierno federal ya tiene el poder básico para disponer por ley de capital y bienes de todo tipo con propósitos bélicos sobre la base de una indemnización justa.

Como ustedes saben, durante tres años he dudado en recomendar una ley de servicio nacional. Hoy, sin embargo, estoy convencido de que la necesitamos. Si bien creo que nosotros y nuestros aliados

podemos ganar la guerra sin esta medida, estoy seguro de que sólo la movilización total de todos nuestros recursos de mano de obra y capital nos garantizará una victoria más temprana y reducirá el sufrimiento, la tristeza y la sangre derramada.

He recibido una recomendación conjunta para esta ley de los jefes del Departamento de Guerra, el Departamento de la Armada y la Comisión Marítima. Estos son los hombres que asumen la responsabilidad de adquirir las armas y el equipo necesarios y del éxito de la prosecución de la guerra en el campo. Ellos dicen:

Cuando la vida misma de la Nación está en peligro, la responsabilidad del servicio es común a todos los hombres y mujeres. En tal situación, no puede haber diferencias entre los hombres y mujeres asignados por el gobierno para defenderla en el frente de batalla y los hombres y mujeres asignados para producir los materiales vitales que son esenciales para el éxito de las operaciones militares. Una pronta promulgación de una ley de servicio nacional sería simplemente una expresión de la universalidad de esta responsabilidad.

Creo que el país estará de acuerdo en que esas declaraciones son la verdad solemne.

El servicio nacional es la forma más democrática de librar una guerra. Al igual que el servicio selectivo para las fuerzas armadas, se basa en la obligación de cada ciudadano a servir a su Nación en todo lo posible en las tareas para las que está mejor calificado.

Esto no significa una reducción en los salarios. No significa pérdida de jubilación ni de derechos y beneficios por antigüedad. No significa que un número sustancial de trabajadores de la guerra tendrán problemas en sus trabajos actuales. Que estos hechos queden absolutamente claros.

La experiencia en otras naciones democráticas en guerra –Gran Bretaña, Canadá, Australia y Nueva Zelanda– ha demostrado que la

existencia misma del servicio nacional hace innecesario el uso generalizado del poder obligatorio. El servicio nacional ha demostrado ser una fuerza moral unificadora, basada en una obligación legal igual e integral de todos los individuos de una nación en guerra.

Hay millones de hombres y mujeres estadounidenses que no están en esta guerra en absoluto. No es porque no quieran hacerlo, sino que quieren saber dónde pueden ayudar más. El servicio nacional provee esa dirección. Será un medio por el que cada hombre y mujer puede encontrar esa satisfacción interior que viene de hacer la contribución más completa posible a la victoria.

Sé que todos los trabajadores civiles de la guerra se alegrarán de poder decir en muchos años a sus nietos: "Sí, yo también estuve de servicio en la gran guerra. Cumplí mi deber en una fábrica de aviones y ayudé a fabricar cientos de aviones de combate. El gobierno me dijo que, al hacerlo, estaba desempeñando mi trabajo más útil al servicio del país".

Se dice que hemos pasado la etapa de la guerra en la que es necesario el servicio nacional. Pero nuestros soldados y marineros saben que eso no es cierto. Avanzamos por un camino largo y duro, y en cualquier recorrido los últimos kilómetros son los más difíciles. Y es para ese esfuerzo final, para la derrota total de nuestros enemigos, que debemos movilizar todos nuestros recursos. El programa nacional de guerra necesita emplear a más personas en 1944 que en 1943.

Estoy convencido de que el pueblo estadounidense aceptará con satisfacción esta medida "ganadora de guerra", basada en el principio eternamente legítimo de "lo que es justo para uno, es justo para el otro".

Dará a nuestro pueblo aquí en el país la seguridad de que están de pie y firmes detrás de nuestros soldados y marineros. Y dará a nuestros enemigos la seguridad desmoralizadora de que hablamos en serio; de que nosotros, ciento treinta millones de estadounidenses, estamos marchando hacia Roma, Berlín y Tokio.

Espero que el Congreso reconozca que, si bien este es un año

electoral, el servicio nacional es un tema que trasciende la política. El gran poder debe utilizarse para grandes propósitos.

En cuanto a la maquinaria para llevar a cabo esta medida, el mismo Congreso debe determinar su naturaleza, pero su composición debe ser completamente no partidista.

Nuestras fuerzas armadas cumplen con valentía con sus responsabilidades con nuestro país y nuestro pueblo. Ahora el Congreso se enfrenta a la responsabilidad de tomar las medidas que son esenciales para la seguridad nacional en la fase más decisiva de la mayor guerra de la Nación.

Varias razones alegadas han impedido la promulgación de una legislación que preservaría la prerrogativa fundamental de la ciudadanía para nuestros soldados y marineros y marines: el derecho al voto. Sin importar la cantidad que haya, ningún argumento jurídico puede cambiar este tema para estos diez millones de ciudadanos estadounidenses. Con certeza, los firmantes de la Constitución no pretendían un documento que, incluso en tiempos de guerra, fuera interpretado para quitarle el derecho a votar a ninguno de los que están luchando por preservar la Constitución misma.

Nuestros soldados, marineros y marines saben que se privará a la abrumadora mayoría de ellos de la oportunidad de votar si la maquinaria de votación queda exclusivamente para los estados bajo las leyes estatales existentes, y que no hay probabilidades de que estas leyes se cambien a tiempo para que ellos puedan votar en las próximas elecciones. El Ejército y la Armada han informado que será imposible administrar eficazmente cuarenta y ocho leyes diferentes de voto para los soldados. Es deber del Congreso acabar con esta discriminación injustificada contra los hombres y mujeres de nuestras fuerzas armadas, y hacerlo cuanto antes.

Ahora es nuestro deber comenzar a planificar y determinar la estrategia para lograr una paz duradera y establecer el nivel de vida estadounidense más alto que jamás se ha conocido. No podemos estar conformes, sin importar cuán alto sea ese nivel de vida general, si alguna fracción de nuestro pueblo –ya sea un tercio o un quinto o un décimo– está desnutrida, no tiene ropa o una vivienda

digna, o vive en la inseguridad.

Esta república tuvo su comienzo y creció hasta lograr su fortaleza actual, bajo la protección de ciertos derechos políticos inalienables, entre ellos, el derecho a la libertad de expresión, la libertad de prensa, la libertad de culto, el juicio por jurado y la libertad de no sufrir requisas y confiscaciones injustificadas. Son nuestros derechos a la vida y a la libertad.

Sin embargo, a medida que nuestra Nación creció en tamaño y estatura –a medida que nuestra economía industrial se expandió–, estos derechos políticos demostraron ser inadecuados para asegurar la igualdad en la búsqueda de la felicidad.

Hemos llegado a comprender claramente que la verdadera libertad individual no puede existir sin seguridad e independencia económicas. “Los hombres necesitados no son hombres libres”. Aquellos que tienen hambre y están desempleados son el material que compone las dictaduras.

En nuestros días, estas verdades económicas se han aceptado como evidentes. Hemos aceptado, por así decir, una segunda carta de derechos bajo la cual será posible establecer un nuevo marco de seguridad y prosperidad para todos, cualquiera sea su posición, raza o credo.

Entre ellos:

el derecho a un trabajo útil y remunerado en la industria, el comercio, la agricultura o las minas de la nación;

el derecho a ganar lo suficiente para tener alimentación, ropa y recreación adecuadas;

el derecho de cada agricultor a cultivar y vender sus productos y

obtener una ganancia que les dé, a él y a su familia, una vida decente;

el derecho de todo empresario, grande o pequeño, a comerciar en un ambiente libre de competencia desleal y del dominio de monopolios nacionales o extranjeros;

el derecho de toda familia a un hogar decente;

el derecho a recibir atención médica adecuada y la oportunidad de lograr y disfrutar de una buena salud;

el derecho a una protección adecuada contra los temores económicos de la vejez, la enfermedad, los accidentes y el desempleo;

el derecho a una buena educación.

Todos estos derechos traen seguridad. Después de ganar esta guerra debemos estar preparados para avanzar, en la implementación de estos derechos, hacia nuevos objetivos de felicidad y bienestar humanos.

El lugar que los Estados Unidos merecen en el mundo depende en gran medida de qué tan plenamente nuestros ciudadanos hayan llevado a la práctica estos y otros derechos similares. Porque hasta que no haya seguridad aquí en nuestro país, no puede haber una paz duradera en el mundo.

Uno de los grandes empresarios industriales estadounidenses de

nuestro tiempo –un hombre que ha prestado su servicio al país en esta crisis– destacó recientemente los graves peligros de la "reacción de derecha" en esta Nación. Todos los empresarios sensatos comparten su preocupación. De hecho, si tal reacción se desarrollara –si la historia se repitiera y regresáramos a la llamada "normalidad" de los años veinte–, entonces es cierto que aunque habremos conquistado a nuestros enemigos en los campos de batalla en el extranjero, habremos cedido al espíritu del fascismo aquí en el país.

Le pido al Congreso que explore los medios necesarios para la implementación de esta carta de derechos económicos, ya que es sin duda responsabilidad del Congreso hacerlo. Muchos de estos problemas ya están ante las comisiones del Congreso en la forma de legislación propuesta. De vez en cuando me comunicaré con el Congreso con respecto a estas y otras propuestas. En caso de que no se desarrolle ningún programa de progresos, estoy seguro de que la Nación será consciente de este hecho.

Los hombres de la Nación que luchan fuera del país –y sus familias que están en el país– esperan ese tipo de programa y tienen derecho a insistir en ello. Este gobierno debe prestar atención a sus demandas, antes que a las demandas lamentables de los grupos egoístas de presión que intentan beneficiarse mientras jóvenes estadounidenses mueren.

La política exterior que hemos seguido –la política que nos guio en Moscú, El Cairo y Teherán– se basa en el principio de sentido común que Benjamin Franklin expresó mejor que nadie el 4 de julio de 1776: "Si no permanecemos juntos, seguramente nos colgarán por separado".

A menudo he dicho que en esta guerra no hay dos frentes para los Estados Unidos; sólo hay uno. Existe una línea de unidad que se extiende desde los corazones de la gente en el país hasta los hombres de las fuerzas de ataque en nuestros puestos remotos más alejados. Cuando hablamos de nuestro esfuerzo total, hablamos de las fábricas y del campo, de las minas y de los campos de batalla; hablamos de los soldados y de los civiles, de los ciudadanos y de su gobierno.

Todos y cada uno de nosotros tenemos la obligación solemne ante Dios de servir a esta Nación en su momento más difícil, para mantenerla grande, para volverla más grande en un mundo mejor.

Apéndice II

Declaración Universal de Derechos Humanos (fragmentos)

Art. 22. Toda persona, como miembro de la sociedad, tiene derecho a la seguridad social, y a obtener, mediante el esfuerzo nacional y la cooperación internacional, habida cuenta de la organización y los recursos de cada Estado, la satisfacción de los derechos económicos, sociales y culturales, indispensables a su dignidad y al libre desarrollo de su personalidad.

Art. 23

1. Toda persona tiene derecho al trabajo, a la libre elección de su trabajo, a condiciones equitativas y satisfactorias de trabajo y a la protección contra el desempleo.

2. Toda persona tiene derecho, sin discriminación alguna, a igual salario por trabajo igual.

3. Toda persona que trabaja tiene derecho a una remuneración equitativa y satisfactoria, que le asegure, así como a su familia, una existencia conforme a la dignidad humana y que será completada, en caso necesario, por cualesquiera otros medios de protección social.

4. Toda persona que trabaja tiene derecho a fundar sindicatos y a sindicarse para la defensa de sus intereses.

Art. 24. Toda persona tiene derecho al descanso, al disfrute del tiempo libre, a una limitación razonable de la duración del trabajo y a vacaciones periódicas pagadas.

Art. 25

1. Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios; tiene asimismo derecho a los seguros en caso de desempleo, enfermedad, invalidez, viudez, vejez u otros casos de pérdida de sus medios de subsistencia por circunstancias independientes de su voluntad.

2. La maternidad y la infancia tienen derecho a cuidados y asistencia especiales. Todos los niños, nacidos de matrimonio o fuera de matrimonio, tienen derecho a igual protección social.

Art. 26

1. Toda persona tiene derecho a la educación. La educación debe ser gratuita, al menos en lo concerniente a la instrucción elemental y fundamental. La instrucción elemental será obligatoria. La instrucción técnica y profesional habrá de ser generalizada; el acceso a los estudios superiores será igual para todos, en función de los méritos respectivos.

2. La educación tendrá por objeto el pleno desarrollo de la personalidad humana y el fortalecimiento del respeto a los derechos humanos y a las libertades fundamentales; favorecerá la comprensión, la tolerancia y la amistad entre todas las naciones y todos los grupos étnicos o religiosos; y promoverá el desarrollo de las actividades de las Naciones Unidas para el mantenimiento de la paz.

3. Los padres tendrán derecho preferente a escoger el tipo de educación que habrá de darse a sus hijos.

Apéndice III

Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (fragmentos)

Art. 2

1. Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a adoptar medidas, tanto por separado como mediante la asistencia y la cooperación internacionales, especialmente económicas y técnicas, hasta el máximo de los recursos de que disponga, para lograr progresivamente, por todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas, la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos.

2. Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a garantizar el ejercicio de los derechos que en él se enuncian, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

3. Los países en desarrollo, teniendo debidamente en cuenta los derechos humanos y su economía nacional, podrán determinar en qué medida garantizarán los derechos económicos reconocidos en el presente Pacto a personas que no sean nacionales suyos.

Art. 3. Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a asegurar a los hombres y a las mujeres igual título a gozar de todos los derechos económicos, sociales y culturales enunciados en el

presente Pacto.

Art. 4. Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen que, en ejercicio de los derechos garantizados conforme al presente Pacto por el Estado, este podrá someter tales derechos únicamente a limitaciones determinadas por ley, sólo en la medida compatible con la naturaleza de esos derechos y con el exclusivo objeto de promover el bienestar general en una sociedad democrática.

Art. 5

1. Ninguna disposición del presente Pacto podrá ser interpretada en el sentido de reconocer derecho alguno a un Estado, grupo o individuo para emprender actividades o realizar actos encaminados a la destrucción de cualquiera de los derechos o libertades reconocidos en el Pacto, o a su limitación en medida mayor que la prevista en él.

2. No podrá admitirse restricción o menoscabo de ninguno de los derechos humanos fundamentales reconocidos o vigentes en un país en virtud de leyes, convenciones, reglamentos o costumbres, a pretexto de que el presente Pacto no los reconoce o los reconoce en menor grado.

Art. 6

1. Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho a trabajar, que comprende el derecho de toda persona a tener la oportunidad de ganarse la vida mediante un trabajo libremente escogido o aceptado, y tomarán medidas adecuadas para garantizar este derecho.

2. Entre las medidas que habrá de adoptar cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto para lograr la plena efectividad de este derecho deberá figurar la orientación y formación tecnicoprofesional, la preparación de programas, normas y técnicas

encaminadas a conseguir un desarrollo económico, social y cultural constante y la ocupación plena y productiva, en condiciones que garanticen las libertades políticas y económicas fundamentales de la persona humana.

Art. 7. Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona al goce de condiciones de trabajo equitativas y satisfactorias que le aseguren en especial:

Una remuneración que proporcione como mínimo a todos los trabajadores:

i. un salario equitativo e igual por trabajo de igual valor, sin distinciones de ninguna especie; en particular, debe asegurarse a las mujeres condiciones de trabajo no inferiores a las de los hombres, con salario igual por trabajo igual;

ii. condiciones de existencia dignas para ellos y para sus familias conforme a las disposiciones del presente Pacto;

la seguridad y la higiene en el trabajo;

igual oportunidad para todos de ser promovidos, dentro de su trabajo, a la categoría superior que les corresponda, sin más consideraciones que los factores de tiempo de servicio y capacidad;

el descanso, el disfrute del tiempo libre, la limitación razonable de las horas de trabajo y las vacaciones periódicas pagadas, así como la remuneración de los días festivos.

Art. 9. Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a la seguridad social, incluso al seguro social.

Art. 11

1. Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado para sí y su familia, incluso alimentación, vestido y vivienda adecuados, y a una mejora continua de las condiciones de existencia. Los Estados Partes tomarán medidas apropiadas para asegurar la efectividad de este derecho, reconociendo a este efecto la importancia esencial de la cooperación internacional fundada en el libre consentimiento.

2. Los Estados Partes en el presente Pacto, reconociendo el derecho fundamental de toda persona a estar protegida contra el hambre, adoptarán, individualmente y mediante la cooperación internacional, las medidas, incluidos los programas concretos, que se necesitan para:

mejorar los métodos de producción, conservación y distribución de alimentos mediante la plena utilización de los conocimientos técnicos y científicos, la divulgación de principios sobre nutrición y el perfeccionamiento o la reforma de los regímenes agrarios de modo que se logren la explotación y la utilización más eficaces de las riquezas naturales;

asegurar una distribución equitativa de los alimentos mundiales en relación con las necesidades, teniendo en cuenta los problemas que se plantean tanto a los países que importan productos alimenticios como a los que los exportan.

Art. 12

1. Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental.

2. Entre las medidas que deberán adoptar los Estados Partes en el Pacto a fin de asegurar la plena efectividad de este derecho, figurarán las necesarias para:

la reducción de la mortinatalidad y de la mortalidad infantil, y el sano desarrollo de los niños;

el mejoramiento en todos sus aspectos de la higiene del trabajo y del ambiente;

la prevención y el tratamiento de las enfermedades epidémicas, endémicas, profesionales y de otra índole, y la lucha contra ellas;

la creación de condiciones que aseguren a todos asistencia médica y servicios médicos en caso de enfermedad.

Art. 13

1. Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a la educación. Convienen en que la educación debe orientarse hacia el pleno desarrollo de la personalidad humana y del sentido de su dignidad, y debe fortalecer el respeto por los derechos humanos y las libertades fundamentales. Convienen asimismo en que la educación debe capacitar a todas las personas para participar efectivamente en una sociedad libre, favorecer la comprensión, la tolerancia y la amistad entre todas las naciones y entre todos los grupos raciales, étnicos o religiosos, y promover las

actividades de las Naciones Unidas en pro del mantenimiento de la paz.

2. Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen que, con objeto de lograr el pleno ejercicio de este derecho:

la enseñanza primaria debe ser obligatoria y asequible a todos gratuitamente;

la enseñanza secundaria, en sus diferentes formas, incluso la enseñanza secundaria técnica y profesional, debe ser generalizada y hacerse accesible a todos, por cuantos medios sean apropiados, y en particular por la implantación progresiva de la enseñanza gratuita;

la enseñanza superior debe hacerse igualmente accesible a todos, sobre la base de la capacidad de cada uno, por cuantos medios sean apropiados, y en particular por la gradual implantación de la enseñanza gratuita;

debe fomentarse o intensificarse, en la medida de lo posible, la educación fundamental para aquellas personas que no hayan recibido o terminado el ciclo completo de instrucción primaria;

se debe proseguir activamente el desarrollo del sistema escolar en todos los ciclos de la enseñanza, implantar un sistema adecuado de becas, y mejorar continuamente las condiciones materiales del cuerpo docente. […]

Art. 16

1. Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a presentar, en conformidad con esta parte del Pacto, informes sobre las medidas que hayan adoptado, y los progresos realizados, con el fin de asegurar el respeto a los derechos reconocidos en el mismo.

2. a) Todos los informes serán presentados al Secretario General de las Naciones Unidas, quien transmitirá copias al Consejo Económico y Social para que las examine conforme a lo dispuesto en el presente Pacto;

b) El Secretario General de las Naciones Unidas transmitirá también a los organismos especializados copias de los informes, o de las partes pertinentes de estos, enviados por los Estados Partes en el presente Pacto que además sean miembros de estos organismos especializados, en la medida en que tales informes o partes de ellos tengan relación con materias que sean de la competencia de dichos organismos conforme a sus instrumentos constitutivos.

Apéndice IV

Fragmentos de diversas constituciones

Constitución de Sudáfrica (fragmentos)

Art. 26. Vivienda

1. Todo individuo tiene derecho a acceder a una vivienda adecuada.

2. El Estado deberá adoptar las medidas legislativas –y de otra índole– razonables en función de los recursos que estuvieran a su alcance para proveer a la gradual concreción de este derecho.

3. Ningún individuo podrá ser desalojado de su vivienda ni podrá esta ser demolida sin una orden judicial, la cual deberá ser dictada habiéndose considerado todas las circunstancias relevantes del caso. Ninguna ley permitirá el desalojo arbitrario.

Art. 27. Atención sanitaria, alimentos, agua y seguridad social

1. Todo individuo tiene derecho a tener acceso a:

servicios de atención sanitaria, incluida la atención de la salud reproductiva;

una cantidad suficiente de alimentos y agua; y

un sistema de seguridad social, incluido –en el caso de las personas incapaces de proveer a su manutención y a la de las personas dependientes de estos– un adecuado plan de asistencia social.

2. El Estado deberá adoptar las medidas legislativas –y de otra índole– razonables en función de los recursos que estuvieran a su alcance para proveer a la gradual concreción de este derecho.

3. Ningún individuo podrá ser privado de un tratamiento médico de emergencia.

Art. 28. Derechos del niño

1. Todo niño tiene derecho:

a un nombre y a una nacionalidad desde el momento de su nacimiento;

al cuidado familiar o a un cuidado alternativo adecuado cuando fuera excluido del núcleo familiar;

a recibir una alimentación básica, cobijo, servicios de atención médica básicos y servicios sociales;

a ser protegido de maltratos, negligencia, abusos o degradación;

a ser protegido de las prácticas de explotación laboral;

a que no se le requiera ni se permita la realización de trabajos o la prestación de servicios que:

i. resulten inadecuados para su edad; o

ii. pongan en riesgo el bienestar, la educación, la salud mental o física, o el desarrollo espiritual, moral o social del niño.

a no ser detenido, salvo como medida de último recurso, en cuyo caso, además de los derechos de los que gozan los niños en virtud de los artículos 12 y 35, el niño podrá ser detenido solamente durante el plazo más corto que correspondiere y tendrá derecho a:

i. ser mantenido separado de las personas mayores de 18 años y

ii. ser tratado de manera adecuada en función de su edad y a ser mantenido en las condiciones apropiadas.

a que el Estado le asigne un abogado, con costas a cargo del Estado, en los procesos civiles en los que el niño se pudiera ver involucrado, en los casos en que la falta de tal asignación podría generar consecuencias sustancialmente injustas; e

a no ser utilizado directamente en conflictos armados y a ser protegido en tiempos de conflictos armados.

2. Los mejores intereses del niño son fundamentales en cada asunto relacionado con aquel.

3. En el presente artículo, el término “niño” significa una persona menor de 18 años de edad.

Art. 29. Educación

1. Todo individuo tiene derecho a:

una educación básica, incluida la educación básica para adultos; y

a una educación superior, a cuyo acceso el Estado –mediante la implementación de las medidas razonables– deberá proveer de manera progresiva.

2. Todo individuo tiene derecho a recibir educación en el idioma o los idiomas oficiales de su elección, en instituciones educativas públicas en las que resulte razonablemente viable impartir dicha educación. A los efectos de garantizar el efectivo cumplimiento de este derecho, el Estado deberá considerar todas las alternativas educacionales razonables, incluidas las instituciones educativas de medio único, tomando en consideración:

la igualdad de oportunidades;

la viabilidad y

la necesidad de reparar los resultados de antiguas leyes y prácticas raciales discriminatorias.

3. Todo individuo tiene derecho a establecer y mantener, a su propio costo, instituciones educativas independientes:

en las que no se ejerza ningún tipo de discriminación racial;

que cuente con una habilitación estatal; y

que mantenga un nivel educativo que no sea inferior al de las instituciones educativas públicas comparables.

4. El inciso 3 no limita el otorgamiento de subsidios estatales a las instituciones educativas independientes.

Constitución de la India (fragmentos)

Parte IV. Principios rectores de las políticas del Estado

Art. 37. Implementación de los principios contenidos en esta Parte

Las disposiciones contenidas en esta Parte no serán aplicadas por ningún tribunal, pero los principios establecidos allí dentro son, sin embargo, fundamentales en la gobernanza del país, y será obligación del Estado aplicarlos en la elaboración de las leyes.

Art. 38. El Estado debe asegurar un orden social para promover el

bienestar del pueblo

1. El Estado se esforzará por promover el bienestar del pueblo asegurando y protegiendo de la manera más eficaz posible un orden social en el que la justicia, social, económica y política, informe a todas las instituciones de la vida nacional.

2. El Estado intentará, en particular, reducir al mínimo las desigualdades en los ingresos y procurará eliminar las desigualdades en el estatus, las facilidades y las oportunidades, no sólo entre los individuos, sino también entre los grupos de personas que residen en diferentes áreas o se dedican a diferentes vocaciones.

Art. 39. Algunos principios de las políticas que el Estado debe seguir

El Estado dirigirá, en particular, sus políticas para asegurar:

que los ciudadanos, hombres y mujeres por igual, tengan derecho a medios adecuados de subsistencia;

que la propiedad y el control de los recursos materiales de la comunidad se distribuyan de la mejor manera posible para contribuir al bien común;

que el funcionamiento del sistema económico no dé lugar a la concentración de la riqueza y de los medios de producción en detrimento de lo común;

que exista un igual salario por trabajo igual para hombres y mujeres;

que no se abuse de la salud y la fuerza de los trabajadores, hombres y mujeres, y de la edad de los hijos, y que los ciudadanos no se vean obligados por necesidad económica a dedicar su tiempo a actividades inadecuadas para su edad o fuerza;

que se den a los niños oportunidades y facilidades para que se desarrollen de manera sana y en condiciones de libertad y dignidad, y que se protejan la infancia y la juventud contra la explotación y contra el abandono moral y material.

Art. 41. Derecho al trabajo, a la educación y a la asistencia pública en determinados casos

El Estado, dentro de los límites de su capacidad económica y su desarrollo, tomará medidas preventivas para asegurar el derecho al trabajo, a la educación y a la asistencia pública en los casos de desempleo, edad avanzada, enfermedad e incapacidad, y en otros casos de penuria inmerecida.

Art. 45. Provisión de educación gratuita y obligatoria para los niños

El Estado se esforzará para proveer, dentro de un período de diez años a partir de la entrada en vigor de esta Constitución, educación gratuita y obligatoria a todos los niños hasta que completen la edad de catorce años.

Art. 47. Obligación del Estado de elevar el nivel de nutrición y el nivel de vida, y mejorar la salud pública

El Estado considerará que la elevación del nivel de nutrición y el nivel de vida de su pueblo y la mejora de la salud pública se encuentran entre sus principales obligaciones y, en particular, el

Estado tratará de prohibir el consumo, excepto cuando tenga fines medicinales, de bebidas intoxicantes y de drogas nocivas para la salud.

Carta Social Europea (fragmentos)

Preámbulo

Los gobiernos signatarios, miembros del Consejo de Europa,

considerando que la finalidad del Consejo de Europa es conseguir una unión más estrecha entre sus miembros con objeto de salvaguardar y promover los ideales y principios que son su patrimonio común y favorecer su progreso económico y social, en particular mediante la defensa y el desarrollo de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales;

considerando que, por el Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales, firmado en Roma el 4 de noviembre de 1950 y su protocolo adicional, firmado en París el 20 de marzo de 1952, los Estados miembros del Consejo de Europa convinieron en garantizar a sus pueblos los derechos civiles y políticos y las libertades especificados en esos instrumentos;

considerando que el goce de los derechos sociales debe quedar garantizado sin discriminación por motivos de raza, color, sexo, religión, opinión política, proveniencia nacional u origen social;

resultados a desplegar en común todos los esfuerzos posible para mejorar el nivel de vida y promover el bienestar de todas las categorías de sus poblaciones, tanto rurales como urbanas, por medio de instituciones y actividades apropiadas,

convienen en lo siguiente:

Parte I

Las partes contratantes reconocen como objetivo de su política, que habrá de seguirse por todos los medios adecuados, tanto de carácter nacional como internacional, el establecer aquellas condiciones en que puedan hacerse efectivos los derechos y principios siguientes:

1. Toda persona tendrá la oportunidad de ganarse la vida mediante un trabajo libremente elegido.

2. Todos los trabajadores tienen derecho a unas condiciones de trabajo equitativas.

3. Todos los trabajadores tienen derecho a la seguridad y a la higiene en el trabajo.

4. Todos los trabajadores tienen derecho a una remuneración suficiente que les proporcione a ellos y a sus familias un nivel de vida decoroso.

5. Todos los trabajadores y empleados tienen derecho a asociarse libremente en organizaciones nacionales o internacionales para la protección de sus intereses económicos y sociales.

6. Todos los trabajadores y empleadores tienen derecho a la negociación colectiva.

7. Los niños y los adolescentes tienen derecho a una protección especial contra los peligros físicos y morales a los que estén expuestos.

8. Las trabajadoras, en caso de maternidad, y las demás trabajadoras, en los casos procedentes, tienen derecho a una protección especial en su trabajo.

9. Toda persona tiene derecho a medios apropiados de orientación profesional, que le ayuden a elegir una profesión conforme a sus aptitudes personales y a sus intereses.

10. Toda persona tiene derecho a medios adecuados de formación profesional.

11. Toda persona tiene derecho a beneficiarse de cuantas medidas le permitan gozar del mejor estado de salud que pueda alcanzar.

12. Todos los trabajadores y las personas a su cargo tienen derecho a la Seguridad Social.

13. Toda persona que carezca de recursos suficientes tiene derecho a la asistencia social y médica.

14. Toda persona tiene derecho a beneficiarse de servicios de bienestar social.

15. Toda persona inválida tiene derecho a la formación profesional y a la readaptación profesional y social, sea cual fuere el origen y naturaleza de su invalidez.

16. La familia, como célula fundamental de la sociedad, tiene derecho a una adecuada protección social, jurídica y económica, para lograr su pleno desarrollo.

17. La madre y el niño, independientemente de la situación matrimonial y de las relaciones de familia, tienen derecho a una adecuada protección social y económica.

18. Los nacionales de cada una de las partes contratantes tienen derecho a ejercer, en el territorio de otra parte, cualquier actividad lucrativa en condiciones de igualdad con los nacionales de esta última, a reserva de las restricciones basadas en motivos imperiosos de carácter económico o social.

19. Los trabajadores migrantes nacionales de cada una de las partes contratantes y sus familias tienen derecho a la protección y a la asistencia en el territorio de cualquiera otra parte contratante.

Parte II

Las partes contratantes se comprometen a considerarse vinculadas,

en la forma dispuesta en la Parte III, por las obligaciones establecidas en los artículos y párrafos siguientes:

Art. 1. Derecho al trabajo. Para garantizar el ejercicio efectivo del derecho al trabajo.

Las partes contratantes se comprometen:

1. A reconocer como uno de sus principales objetivos y responsabilidades la obtención y el mantenimiento de un nivel lo más elevado y estable posible del empleo, con el fin de lograr el pleno empleo.

2. A proteger de manera eficaz el derecho del trabajador a ganarse la vida mediante un trabajo libremente elegido.

3. A establecer o mantener servicios gratuitos de empleo para todos los trabajadores.

4. A proporcionar o promover una orientación, formación y readaptación profesionales adecuadas.

Art. 2. Derecho a unas condiciones de trabajo equitativas

Para garantizar el ejercicio efectivo del derecho a unas condiciones de trabajo equitativas, las partes contratantes se comprometen:

1. A fijar una razonable duración diaria y semanal de las horas de trabajo, reduciendo progresivamente la semana laboral en la medida en que lo permitan el aumento de la productividad y otros factores pertinentes.

2. A establecer días festivos pagados.

3. A conceder vacaciones anuales pagadas de dos semanas como mínimo.

4. A conceder a los trabajadores empleados en determinadas

ocupaciones peligrosas o insalubres una reducción de la duración de las horas de trabajo o días de descanso suplementarios pagados.

5. A garantizar un reposo semanal que coincida en lo posible con el día de la semana reconocido como día de descanso por la tradición y los usos del país o la región.

Art. 3. Derecho a la seguridad e higiene en el trabajo

Para garantizar el ejercicio del derecho a la seguridad e higiene en el trabajo, las partes contratantes se comprometen:

1. A promulgar reglamentos de seguridad e higiene.

2. A tomar las medidas precisas para controlar la aplicación de tales reglamentos.

3. A consultar, cuando proceda, a las organizaciones de empleadores y trabajadores sobre las medidas encaminadas a mejorar la seguridad e higiene en el trabajo.

Art. 4. Derecho a una remuneración equitativa

Para garantizar el ejercicio efectivo del derecho a una remuneración equitativa, las partes contratantes se comprometen:

1. A reconocer el derecho de los trabajadores a una remuneración suficiente que les proporcione a ellos y a sus familias un nivel de vida decoroso.

2. A reconocer el derecho de los trabajadores a un incremento de remuneración para las horas extraordinarias, salvo en determinados casos particulares.

3. A reconocer el derecho de los trabajadores de ambos sexos a una remuneración igual por un trabajo de igual valor.

4. A reconocer el derecho de todos los trabajadores a un plazo

razonable de preaviso en caso de terminación del empleo.

5. A no permitir retenciones sobre los salarios sino en las condiciones y límites establecidos por las leyes o reglamentos nacionales, o fijados por convenios colectivos o laudos arbitrales.

El ejercicio de estos derechos deberá asegurarse mediante convenios colectivos libremente concertados, por los medios legales de fijación de salarios, o mediante cualquier otro procedimiento adecuado a las condiciones nacionales.

Art. 10. Derecho de formación profesional

Para afianzar el ejercicio efectivo del derecho de formación profesional, las partes contratantes se comprometen:

1. A asegurar o favorecer, según se requiera, la formación técnica y profesional de todas las personas, incluidos los minusválidos, previa consulta con las organizaciones profesionales de empleadores y trabajadores, y a arbitrar medios que permitan el acceso a la enseñanza técnica superior y a la enseñanza universitaria, con base únicamente en el criterio de la aptitud individual.

2. A asegurar o favorecer un sistema de aprendizaje y otros sistemas de formación de los jóvenes de ambos sexos en sus diversos empleos.

3. A asegurar o favorecer, según se requiera:

Servicios apropiados y fácilmente accesibles para la formación de trabajadores adultos.

Servicios especiales para la reconversión profesional de trabajadores adultos requerida por el desarrollo técnico o por un cambio de tendencias en el mercado de trabajo.

4. A alentar la plena utilización de los servicios previstos, y ello mediante medidas adecuadas tales como:

La reducción o la supresión del pago de cualesquiera derechos y gravámenes.

La concesión de una asistencia financiera en los casos en que proceda.

La inclusión, dentro de las horas normales de trabajo, del tiempo dedicado a los cursos suplementarios de formación seguidos por el trabajadores, durante su empleo, a petición de su empleador.

La garantía, por medio de un control adecuado, previa consulta con las organizaciones profesionales de empleadores y trabajadores, de eficacia del sistema de aprendizaje y de cualquier otro sistema de formación para trabajadores jóvenes y, en general, de la adecuada protección a los trabajadores jóvenes.

Art. 11. Derecho a la protección de la salud

Para garantizar el ejercicio efectivo del derecho a la protección de la salud, las partes contratantes se comprometen a adoptar, directamente o en cooperación con organizaciones públicas o privadas, medidas adecuadas para entre otros fines:

1. Eliminar, en lo posible, las causas de una salud deficiente.

2. Establecer servicios educacionales y de consulta dirigidos a la

mejora de la salud y a estimular el sentido de responsabilidad individual en lo concerniente a la misma.

3. Prevenir, en lo posible, las enfermedades epidémicas, endémicas y otras.

Art. 12. Derecho a la Seguridad Social

Para garantizar el ejercicio efectivo al derecho a la Seguridad Social, las partes contratantes se comprometen:

1. A establecer o mantener un régimen de Seguridad Social.

2. A mantener el régimen de Seguridad Social en un nivel satisfactorio, equivalente, por lo menos, al exigido para la ratificación del Convenio Internacional del Trabajo (número 102) sobre normas mínimas de Seguridad Social.

3. A esforzarse por elevar progresivamente el nivel del régimen de Seguridad Social.

4. A adoptar medidas, mediante la conclusión de los oportunos acuerdos bilaterales o multilaterales, o por otros medios, sin perjuicio de las condiciones establecidas en esos acuerdos, encaminadas a conseguir:

La igualdad de trato entre los nacionales de cada una de las partes contratantes y los de las demás partes en lo relativo a los derechos de Seguridad Social, incluida la conservación de las ventajas concedidas por las leyes de Seguridad Social, sean cuales fueren los desplazamientos que las personas protegidas pudieren efectuar entre los territorios de las partes contratantes.

La concesión, mantenimiento y restablecimiento de los derechos de Seguridad Social, por medios tales como la acumulación de los

períodos de seguro o de empleo completados de conformidad con la legislación de cada una de las partes contratantes.

Art. 13. Derecho a la asistencia social y médica

Para garantizar el ejercicio efectivo del derecho a la asistencia social y médica, las partes contratantes se comprometen:

1. A velar por que toda persona que no disponga de recursos suficientes y no esté en condiciones de conseguirlo por su propio esfuerzo o de recibirlos de otras fuentes, especialmente por vía de prestaciones de un régimen de Seguridad Social, pueda obtener una asistencia adecuada y, en caso de enfermedad, los cuidados que exija su estado.

2. A velar por que las personas que se beneficien de tal asistencia no sufran por ese motivo disminución alguna en sus derechos políticos y sociales.

3. A disponer lo preciso para que todas las personas puedan obtener por medio de servicios adecuados, públicos o privados, el asesoramiento y ayuda personal necesarios para prevenir, eliminar o aliviar su estado de necesidad personal o familiar.

Notas

[1] En los círculos especializados, por supuesto, se ha debatido la segunda Carta de Derechos, aunque brevemente. Véase, por ejemplo, el esclarecedor aunque expeditivo tratamiento que recibe en David M. Kennedy, Freedom from Fear. The American People in Depression and War, 1929-1945, Nueva York, Oxford University Press, 1999, pp. 784-786 [ed. cast.: Entre el miedo y la libertad. Los EE.UU.: de la Gran Depresión al fin de la Segunda Guerra Mundial (1929-1945), Barcelona, Edhasa, 2005].

[2] Datos relevantes disponibles en <www.orspub.com>.

[3] Samuel Rosenman (ed.), The Public Papers and Addresses of Franklin D. Roosevelt, 13 vols., Nueva York, Harper, 1950, vol. 4, pp. 40-42.

[4] Doris Kearns Goodwin, No Ordinary Time. Franklin and Eleanor Roosevelt: The Home Front in World War II, Nueva York, Simon & Schuster, 1994, p. 313.

[5] Aquí Roosevelt citaba, y no por primera vez, a un juez británico: “Los hombres necesitados no son, a decir verdad, hombres libres; sin embargo, para responder a una emergencia de momento, se someterán a los términos que los astutos les impongan”, escribió el Lord Canciller en “Vernon c. Bethell”, Eden 2, 1762, [p.] 113.

[6] Time, 24 de enero de 1944, pp. 12-14.

[7] Véase David Kennedy, Freedom from Fear. The American People in Depression and War 1929-1945, Nueva York, Oxford University Press, 1999, pp. 786-787.

[8] Ibíd., p. 787.

[9] Véase Lawrence W. Levine y Cornelia R. Levine, The People and the President. America's Conversation with FDR, Boston, Beacon, 2002, p. 524.

[10] Discurso en la Convención Nacional Demócrata de 1932, en The Essential Franklin Delano Roosevelt, p. 17.

[11] Véase Samuel I. Rosenman, Working with Roosevelt, Nueva York, Harper, 1952, p. 71.

[12] Ibíd., vol. 2, p. 5.

[13] Véase Matthew Miller, The 2 Percent Solution. Fixing America's Problems in Ways Liberals and Conservatives Can Love, Nueva York, PublicAffairs, 2003, p. 30.

[14] Goodwin, ob. cit., p. 485.

[15] Jeremy Bentham, Principles of the Civil Code, en The Works of Jeremy Bentham, Edimburgo, Simpkin, Marshall, 1898, vol. 1, pp. 307-308.

[16] Véanse Robert Hale, "Coercion and Distribution in a Supposedly Non-Coercive State", Political Science Quarterly, 38, 1923, p. 470, Morris Cohen, "Property and Sovereignty", Cornell Law Quarterly, 13, 1927, p. 8.

[17] En esta sección, me baso en Cass R. Sunstein, The Partial Constitution, Cambridge, Harvard University Press, 1993.

[18] Robert Hale, American Bar Association Journal, 8, 1922, p. 638.

[19] "International News Service c. Associated Press", 248 US 215, 246, 1918 (Holmes, J., concordando).

[20] Hale, "Coercion and distribution…", ob. cit., pp. 470-471.

[21] Hale, "Rate Making and the Revision of the Property Concept", Columbia Law Review, 22, 1922, p. 214. De Robert Hale, véanse además un manuscrito inédito, cit. en Barbara Fried, The Progressive Assault on Laissez-Faire. Robert Hale and the First Law

and Economics Movement, Cambridge, Harvard University Press, 2001, p. 89; y American Bar Association Journal 8, 1922, pp. 638-639.

[22] American Bar Association Journal 8, p. 639. Algo similar puede encontrarse en Gerald Henderson, "Railway Valuation and the Courts", Harvard Law Review, 33 (1920), p. 902. Henderson describe una situación en que el abogado de una empresa argumenta ante un comité de fijación de precios que la compañía "siempre debe permitirse un porcentaje sobre el valor de la propiedad. Si el valor sube, los precios también deberían hacerlo proporcionalmente". Pero un economista, señala Henderson, podría responder "que el único significado aceptado y sensato de la palabra 'valor' es 'valor a cambio', y el 'valor a cambio' es una función de 'lo que les permitimos, caballeros, cobrar al público. Si reducimos los precios, el valor disminuye. [...] Obviamente, no podemos medir los precios según el valor, ya que este es en sí mismo una función de los precios'". De esta manera, Henderson señalaba –en la cultura jurídica de la época– que los derechos de propiedad y los valores económicos eran una criatura de las decisiones normativas.

[23] Robert Hale, "Rate Making and the Revision of the Property Concept", ob. cit., pp. 209, 214.

[24] Nota, Columbia Law Review, 35, 1935, p. 1090.

[25] Lester Ward, "Plutocracy and Paternalism", pp. 304-309, cit. en Sidney Fine, Laissez Faire and the General Welfare State, Ann Arbor, University of Michigan Press, 1964, p. 262. Véase un excelente análisis de este período en Fried, ob. cit.

[26] Véase F. A. Hayek, The Road to Serfdom, Chicago, University of Chicago Press, pp. 43-45 [ed. cast.: Camino de servidumbre. Textos y documentos, Madrid, Unión Editorial, 2008].

[27] Amartya Sen, Poverty and Famines, Óxford, Oxford University Press, 1981, pp. 165-166.

[28] Kennedy, ob. cit., p. 116.

[29] Rosenman, Public Papers…, ob. cit., vol. 1, pp. 742-756.

[30] Ibíd., pp. 657, 855. Véase Franklin D. Roosevelt, Message to Congress, 8 de junio de 1934, reed. en Robert B. Stevens (ed.), Statutory History of the United States. Income Security, Nueva York, Chelsea House, 1970, p. 61. Véase también Morris Cohen, "Property and Sovereignty", Cornell Law Quarterly, 13, 1927, p. 8, que desarrolla puntos similares.

[31] 29 USC § 102 (1994).

[32] En Poverty and Famines, Amartya Sen presenta un sorprendente ejemplo contemporáneo de ideas similares que demuestran que las hambrunas no son el resultado de una disminución en el suministro de alimentos, sino de elecciones sociales, en particular las legales que deciden quién tiene derecho a qué. Esta afirmación se puede considerar un caso especial de la interpretación que hace el New Deal del laissez-faire. Véase también Jean Dreze y Amartya Sen, Hunger and Public Action, Óxford, Oxford University Press, 1991, donde se demuestra que tanto las hambrunas como el hambre arraigada son artefactos de políticas sociales identificables, y no una consecuencia de la naturaleza.

[33] Robert Hale, manuscrito inédito, reprod. en Fried, ob. cit.; Morris Cohen, "Property and Sovereignty", Cornell Law Quarterly 13, 1927, pp. 8, 14.

[34] Rosenman, Public Papers…, ob. cit., vol. 2, p. 72.

[35] Ibíd., vol. 1, p. 778.

[36] "Lochner c. Nueva York", 198 US 45 (1905).

[37] Los contratos laborales "de perro amarillo", surgidos en los Estados Unidos en el siglo XIX, preveían que el asalariado no se asociaría a sindicato alguno (y así, en el argot popular, pasaba a valer menos que un animal). Fueron prohibidos por la ley Norris-LaGuardia en 1932. [N. de E.]

[38] 261 US 525 (1923).

[39] 300 US 379 (1937).

[40] Federalist, n. 72.

[41] Joseph Gale (ed.), Annals of Congress, 1789, pp. 733-745.

[42] Véase Gordon Wood, The Radicalism of the American Revolution, Nueva York, Random House, 1993, p. 272.

[43] Véase el discurso ante la Convención Nacional Demócrata de 1936, en The Essential Franklin Delano Roosevelt, ob. cit., p. 114.

[44] Rosenman, Public Papers…, ob. cit., vol. 1, pp. 742-756.

[45] En The Essential Franklin Delano Roosevelt, ob. cit., pp. 127, 131.

[46] Anthony Badger, The New Deal: The Depression Years, 1933-1940, Nueva York, Ivan R. Dee, 1989, p. 12.

[47] Véase Arthur M. Schlesinger Jr., The Crisis of the Old Order, Nueva York, Houghton Mifflin Harcourt, 2002 (1957), p. 250 [ed. cast.: La crisis del orden antiguo, 1919-1933, México, UTEHA, 1968].

[48] Cit. en F. L. Allen, Since Yesterday, Nueva York, Perennial, 1986, p. 64.

[49] Ibíd., p. 13.

[50] David E. Kyvig, Daily Life in the United States, 1920-1939, Nueva York, Greenwood, 2001, p. 191.

[51] Schlesinger, The Crisis of the Old Order, ob. cit., p. 250.

[52] Véase David Burg, The Great Depression. An Eyewitness History, Nueva York, Facts on File, 1996, p. 101.

[53] Schlesinger, The Crisis of the Old Order, ob. cit., p. 3.

[54] Ibíd., p. 250.

[55] Íd.

[56] Ibíd., p. 3.

[57] Ibíd., p. 268.

[58] Íd.

[59] Ibíd., p. 5.

[60] Ibíd., p. 252.

[61] George McJimsey, Harry Hopkins. Ally of the Poor and Defender of Democracy, Cambridge, Harvard University Press, 1987, p. 77.

[62] Roger Biles, A New Deal for the American People, DeKalb, Northern Illinois University Press, 1991, p. 127.

[63] Robert Jackson, That Man, Nueva York, Oxford University Press, 2003, p. 111.

[64] Ellis Hawley, The New Deal and the Problem of Monopoly, Princeton, Princeton University Press, 1966, p. 15.

[65] Véase un análisis excelente en Alan Brinkley, "The New Deal and the Idea of the State", en Steve Fraser y Gary Gerstle (eds.), The Rise and Fall of the New Deal Order, 1930-1980, Princeton, Princeton University Press, 1989, pp. 85-98.

[66] Fraser y Gerstle, The Rise and Fall of the New Deal Order, ob. cit., p. 335.

[67] Discurso ante la Convención Nacional Demócrata de 1936, en The Essential Franklin Delano Roosevelt, ob. cit., p. 114.

[68] Franklin D. Roosevelt, Discurso de campaña sobre el gobierno progresista, 13 de septiembre de 1932; reprod. en Rosenman, Public Papers…, ob. cit., vol. 1, p. 752.

[69] Rosenman, Public Papers…, ob. cit., t. 1, p. 288.

[70] Ibíd., t. 2, p. 110.

[71] Ibíd., t. 4, pp. 19-20.

[72] Véase Anthony Badger, The New Deal. The Depression Years, 1933-1940, Nueva York, Hill & Wang, 1989, p. 242.

[73] Ted Morgan, FDR, Nueva York, Simon & Schuster, 1985, p. 379 [ed. cast.: FDR: Franklin Delano Roosevelt: una biografía, Buenos Aires, GEL, 1993].

[74] Biles, ob. cit., pp. 97-98, 102-107.

[75] Morgan, ob. cit., pp. 222-223, n. 5.

[76] Biles, ob. cit., pp. 104, n. 14.

[77] Biles, ob. cit., pp. 104-105.

[78] Ibíd., p. 105.

[79] Ibíd., p. 238.

[80] Ibíd., p. 108.

[81] Paul Conkin, The New Deal, Londres, Routledge & Kegan Paul, 1967, p. 60, n. 39.

[82] Ibíd., p. 48.

[83] Ibíd., p. 60.

[84] George Fort Milton, The Use of Presidential Power, 1789-1943, Nueva York, Octagon, 1965, p. 266.

[85] Véase n. 37, p. 181.

[86] Conkin, ob. cit., pp. 118-120, n. 25.

[87] Ibíd., p. 48.

[88] James MacGregor Burns, Roosevelt. The Lion and the Fox, San Diego, Harcourt, 1986, p. 267 [ed. cast.: Roosevelt: el león y el zorro, Barcelona, Grijalbo, 1975].

[89] Véase Frederick Hosen, The Great Depression and the New Deal, Jefferson, NC, McFarland, 1992, p. 252.

[90] Biles, ob. cit., p. 1.

[91] Véase Alan Brinkley, “The New Deal and the Idea of the State”, en Fraser y Gerstle, Rise and Fall of the New Deal Order, 1930-1980, ob. cit., pp. 85-98.

[92] Estos acontecimientos están registrados en Geoffrey Stone y otros, Constitutional Law, Boston, Aspen, 2002.

[93] Véase “Estados Unidos c. López”, 514 US 549 (1995).

[94] Véase Bruce A. Ackerman, We the People. Foundations, Cambridge, Harvard University Press, 1993 [ed. cast.: We the People. Fundamentos de la historia constitucional estadounidense, Madrid, Traficantes de Sueños, 2015].

[95] Douglas H. Ginsburg, “On Constitutionalism”, Cato Supreme Court Review, 7, 2003, p. 15.

[96] Henry J. Steiner y Philip Alston, International Human Rights in Context, Óxford, Oxford University Press, 2000, p. 251.

[97] Arthur Schlesinger Jr., The Age of Roosevelt. The Coming of the New Deal, Nueva York, Houghton Mifflin Harcourt, 1956, pp. 308-309.

[98] Disponible en <www.orspub.com>.

[99] Charles Merriam, “The Content of an International Bill of Rights”, Annals of the American Academy, 243, 1946, pp. 11, 15.

[100] Joseph P. Lash, Eleanor and Franklin, Nueva York, Norton, 1971, p. 135 [ed. cast.: Eleanor y Franklin Roosevelt. La historia de sus relaciones, basada en los documentos privados de Eleanor Roosevelt, Barcelona, Grijalbo, 1978].

[101] Arthur M. Schlesinger Jr., The Age of Roosevelt. The Politics of Upheaval [1960], Boston, Houghton Mifflin Harcourt, 2003, p. 651 [ed. cast.: La era de Roosevelt, vol. 3, La política del cataclismo, México, UTEHA, 1968].

[102] Joseph Alsop, FDR. A Centenary Remembrance, Nueva York,

Viking, 1982, p. 111.

[103] Frances Perkins, The Roosevelt I Knew, Nueva York, Viking, 1946, pp. 166-167.

[104] Rosenman, Public Papers…, ob. cit., t. 1, pp. 742-756.

[105] Acerca de la declaración clásica, véase Adolf A. Berle Jr. y Gardiner C. Means, The Modern Corporation and Private Property, 1932, Nuevo Brunswick, NJ, Transaction, 1991.

[106] Ibíd., p. 357.

[107] Herbert Croly, The Promise of American Life, 1909, Boston, Northeastern University Press, 1989.

[108] Véase una declaración que echa luz al respecto en Franklin D. Roosevelt, Whither Bound?, Nueva York, Houghton Mifflin Harcourt, 1926, comentado brevemente en la conclusión.

[109] Véase Rosenman, Public Papers…, ob. cit., t. 1, p. 645.

[110] Ibíd., t. 1, pp. 647, 657.

[111] Ibíd., t. 1, p. 788.

[112] Rosenman, Public Papers…, ob. cit., t. 3, pp. 291-292.

[113] Registro del Congreso 79, 1935, 14, 212 (declaración del congresista Maverick).

[114] Declaración del congresista Hildebrandt.

[115] Rosenman, Public Papers…, ob. cit., t. 5, p. 230.

[116] Burns, ob. cit., p. 266.

[117] Schlesinger, ob. cit., p. 547.

[118] Burns, ob. cit., pp. 266-267.

[119] Schlesinger, ob. cit., p. 571.

[120] Schlesinger, ob. cit., p. 268.

[121] Ibíd., p. 575.

[122] Véase Burns, ob. cit., pp. 269-272.

[123] Schlesinger, ob. cit., p. 581.

[124] Civil dispuesto a servir de un minuto a otro, sin antelación. [N. de T.]

[125] Schlesinger, The Age of Roosevelt, ob. cit., p. 581.

[126] Rosenman, Public Papers…, ob. cit., t. 2, p. 9.

[127] Acerca de la conferencia de prensa n. 658 en el Hyde Park de Nueva York, el 5 de julio de 1940, véase ibíd., t. 9, p. 281.

[128] Véase Lawrence Dennis, The Coming American Fascism [1937], Nueva York, Gordon, 1994.

[129] Véase el mensaje anual al Congreso del 4 de enero de 1941, en Rosenman, Public Papers…, ob. cit., t. 9, p. 663.

[130] Goodwin, ob. cit., p. 201.

[131] Íd.

[132] Rosenman, Working with Roosevelt, ob. cit., p. 263.

[133] Ibíd., p. 264.

[134] Íd.

[135] Goodwin, ob. cit., p. 266.

[136] Ibíd., p 265.

[137] Véase un buen resumen en Marion Clawson, New Deal Planning. The National Resources Planning Board, Baltimore, Johns Hopkins University Press, 1981.

[138] Véase Patrick Reagan, Designing a New America. The Origins

of New Deal Planning, 1890-1943, Amherst, University of Massachusetts Press, 1999, p. 218.

[139] NRPB, National Resources Development Report for 1943, parte 1, Post-War Plan and Program, Washington, DC, 1943, p. 3.

[140] Reagan, ob. cit., p. 219.

[141] Véase Clawson, ob. cit., pp. 225-226.

[142] Rosenman, Working with Roosevelt, ob. cit., p. 425.

[143] Ibíd., pp. 425-427.

[144] Este intercambio de cartas está disponible en la biblioteca Franklin Delano Roosevelt en Hyde Park, Nueva York, y en copias en archivo del autor.

[145] Rosenman, Working with Roosevelt, ob. cit., p. 426.

[146] Rosenman, ob. cit., t. 13, pp. 369-370.

[147] Schlesinger, The Age of Roosevelt…, ob. cit., pp. 652-653.

[148] Perkins, ob. cit., p. 18.

[149] Burns, ob. cit., p. 88.

[150] Alsop, ob. cit., p. 95.

[151] Ídem.

[152] Perkins, ob. cit., p. 30.

[153] Schlesinger, The Crisis of the Old Order, ob. cit., p. 406.

[154] Íd.

[155] Alsop, FDR, p. 96.

[156] Schlesinger, The Crisis of the Old Order, ob. cit., p. 406.

[157] Ibíd., p. 407.

[158] Íd.

[159] Ibíd., p. 409.

[160] Goodwin, op. cit., p. 289.

[161] Isaiah Berlin, Personal Impressions, Princeton, Princeton University Press, 2001 [ed. cast.: Impresiones personales, Madrid, FCE, 1984].

[162] Perkins, ob. cit., p. 30.

[163] Ibíd., p. 36.

[164] Ibíd., p. 37.

[165] Véase William E. Leuchtenburg, The FDR Years, Nueva York, Columbia University Press, 1995, pp. 254-255.

[166] Véase un enfoque excelente en Mary Ann Glendon, A World Made New. Eleanor Roosevelt and the Universal Declaration of Human Rights, Nueva York, Random House, 2002 [ed. cast.: Un mundo nuevo: Eleanor Roosevelt y la Declaración Universal de los Derechos Humanos, México, FCE, 2011].

[167] Véase un resumen en David Harris y John Darcy, The European Social Charter, Nueva York, Transnational Publishers, 2001.

[168] Ibíd., p. 30.

[169] Véase Dianne Otto, "Addressing Homelessness: Does Australia's Indirect Implementation of Human Rights Comply with its International Obligations?", disponible en <ssrn.com/abstract=423321>.

[170] Véase Avi Ben-Bassat y Momi Dahan, "Social Rights in the Constitution and in Practice", 2003, disponible en <papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=407260>.

[171] Ibíd., p. 13.

[172] Véase Ben-Bassat y Dahan, ob. cit.

[173] “A Bill of Rights”, Federalist, 84.

[174] Marvin Meyers (ed.), The Mind of the Founder, Boston, University Press of New England, 1981, pp. 156-160.

[175] Véase R. Rutland y W. Rachal (eds.), The Papers of James Madison, Charlottesville, University of Virginia Press, 1975, t. 14, pp. 162-163. Véase también un análisis valioso, Jack Rakove, “Parchment Barriers and the Politics of Rights”, en Michael J. Lacey y Knud Haakonssen (eds.), A Culture of Rights. The Bill of Rights in Philosophy, Politics and Law, 1791 and 1991, Cambridge, Cambridge University Press, 1993, pp. 124-142.

[176] Lacey y Haakonssen, ob. cit., p. 142.

[177] Véase Akhil Amar, The Bill of Rights, New Haven, Yale University Press, 2000.

[178] Ibíd., p. 47.

[179] Ibíd., p. 95.

[180] James Madison, The Papers of James Madison, Charlottesville, University of Virginia Press, 1975, vol. 14, pp. 197-198.

[181] Thomas Jefferson, The Papers of Thomas Jefferson, 1953, t. 8, pp. 681-683.

[182] Baron de Montesquieu, The Spirit of the Laws, trad. de Thomas Nugent, Nueva York, Hafner, 1949, libro 23 [ed. cast.: El espíritu de las leyes, Madrid, Istmo, 2002].

[183] John Locke, Two Treatises on Government, libro 1, cap. 4 [ed. cast.: Dos ensayos sobre el gobierno civil, Madrid, Espasa-Calpe, 1997].

[184] Véase Paul Hunt, Reclaiming Social Rights, Brookfield, Vermont, Dartmouth, 1996, p. 6.

[185] Hunt, ob. cit., p. 7.

[186] Véase una breve descripción en Michael B. Katz, In the Shadow of the Poorhouse. A Social History of Welfare in America, Nueva York, Basic, 1996.

[187] Ibíd., p. 17.

[188] William Forbath, "Caste, Class, and Equal Citizenship", Michigan Law Review, 98, 1999, 1, p. 32.

[189] Ibíd., p. 33.

[190] Íd.

[191] Art. 17, sección 1 de la Constitución del Estado de Nueva York.

[192] Peter Dunne, "The Supreme Court's Decisions", Mr. Dooley's Opinions, 26, 1900.

[193] Robert Dahl sostuvo esto hace casi medio siglo, antes de la mayor parte del trabajo de la Corte de Warren. A pesar de las décadas que pasaron, su argumento se mantiene vigente. Véase Robert Dahl, "Decision-Making in a Democracy: The Supreme Court as a National Policy-Maker", Journal of Public Law, 6, 1957, p. 279.

[194] 381 US 479 (1965).

[195] 347 US 483 (1954).

[196] 410 US 113 (1973).

[197] Véase Seymour Martin Lipset y Gary Marks, It Didn't Happen Here, Nueva York, Norton, 1990.

[198] Biles, ob. cit.

[199] Véase Karlyn Keene y Everett Carll Ladd, "America: A Unique Outlook?", American Enterprise, 1, 1990, p. 118.

[200] Lipset y Marks, ob. cit., p. 9.

[201] Lipset y Marks, ob. cit., p. 288.

[202] Keene y Ladd, ob. cit.

[203] Véase Robert Goodin y otros, The Real Worlds of Welfare Capitalism, Cambridge, Cambridge University Press, 1999.

[204] Carol Graham y Stefano Pettinato, Happiness and Hardship. Opportunity and Insecurity in New Market Economies, Washington, DC, Brookings Institution, 2002 [ed. cast.: Felicidad y penurias. Oportunidades e inseguridad en las nuevas economías de mercado, Buenos Aires, Prometeo Libros, 2004].

[205] Lipset y Marks, ob. cit., p. 73.

[206] Reprod. en Lipset y Marks, ob. cit., p. 211.

[207] Albert Alesina y otros, "Why Doesn't the U.S. Have a European-Style Welfare State?", manuscrito inédito, Harvard University, 2001.

[208] Véase Stephen Kemp Bailey, Congress Makes a Law. The Story Behind the Employment Act of 1946, Nueva York, Greenwood, 1980.

[209] Alesina, ob. cit., pp. 29-30.

[210] Ibíd., p. 39.

[211] Véase Ben-Bassat y Dahan, ob. cit.

[212] Véase "Tucker c. Toia", 43 NY2d 1, 371 NE2d 449 (1977).

[213] El discurso de Olson actualmente está disponible en <www.fed-soc.org/ BKOlsonMemorialLecture/bkolsonlecture–111601.htm>.

[214] 457 US 202 (1982).

[215] Véase David A. Strauss, "Common Law Constitutional Interpretation", The University of Chicago Law Review, 63, 1996, p. 877.

[216] Frank I. Michelman, “Foreword: On Protecting the Poor Through the Fourteenth Amendment”, Harvard Law Review, 83, 1969, pp. 7, 9.

[217] “Edwards c. California”, 314 US 160 (1941).

[218] 351 US 12 (1956).

[219] 372 US 353 (1963).

[220] 401 US 371 (1971).

[221] El mejor análisis es Frank I. Michelman, “The Supreme Court and Litigation Access Fees: The Right to Protect One’s Rights, Part II”, Duke Law Journal, 1974, p. 527.

[222] “Harper c. Junta de Elecciones de Virginia”, 383 US 663 (1966).

[223] 394 US 618 (1969).

[224] 415 US 250 (1974).

[225] 397 US 254 (1997).

[226] Véase Frank I. Michelman, “Foreword: On Protecting the Poor Through the Fourteenth Amendment”, ob. cit., p. 7.

[227] 397 US 471 (1970).

[228] 405 US 56 (1972).

[229] 411 US 1 (1973).

[230] Véase Michael Heise, “State Constitutions, School Finance Litigation, and the ‘Third Wave’: From Equity to Adequacy”, Temple Law Review, 68, 1995, p. 1151. Tal como demuestra Heise, no queda claro si las decisiones de la corte estatal basadas sobre el razonamiento del juez Marshall en “Distrito Escolar Independiente de San Antonio c. Rodriguez” han ayudado a los niños de los distritos pobres. La historia y los resultados ofrecen aquí fuertes advertencias sobre la protección jurídica de los derechos sociales y

económicos.

[231] 413 US 528 (1973).

[232] 478 US 265 (1986).

[233] Véase Cass R. Sunstein, Why Societies Need Dissent, Cambridge, Harvard University Press, 2003.

[234] Véanse Thomas Scanlon, “A theory of freedom of expression”, Philosophy & Public Affairs, 1, 1972, p. 204; David A. Strauss, “Persuasion, autonomy, and freedom of expression”, Columbia Law Review, 91, 1991, pp. 334-346.

[235] Véanse Martha Nussbaum, Women and Human Development, Nueva York, Cambridge University Press, 2000 [ed. cast.: Las mujeres y el desarrollo humano. El enfoque de las capacidades, Barcelona, Herder, 2012]; Amartya Sen, Development as Freedom, Nueva York, Anchor, 1999 [ed. cast.: El desarrollo como libertad, México, Instituto Nacional de Ecología, 2009].

[236] Este tema se desarrolla en Cass R. Sunstein, Legal Reasoning and Political Conflict, Nueva York, Oxford University Press, 1996.

[237] Jacques Maritain, Human Rights. Comments and Interpretations, Londres, Wingate, 1949, p. 9 [ed. cast.: Los derechos del hombre. Estudios y comentarios en torno a la nueva declaración universal, Barcelona, Laia, 1976].

[238] Ibíd., p. 10.

[239] Schlesinger, The Age of Roosevelt, ob. cit., p. 653.

[240] Véase Sen, Poverty and Famines, ob. cit.

[241] Amartya Sen, “Freedoms and Needs”, The New Republic, 10 de enero, 1994, p. 32.

[242] Véase Erika De Wet, The Constitutional Enforceability of Economic and Social Rights, Londres, Butterworth-Heinemann, 1996.

[243] Schlesinger, The Crisis of the Old Order, ob. cit., p. 249.

[244] Véase el mensaje anual al Congreso del 3 de enero de 1938, en Rosenman, The Public Papers…, ob. cit., t. 7, pp. 1, 14.

[245] Véase un interesante análisis general de cómo basarse en modelos de seguros para reducir los riesgos en Robert Shiller, The New Financial Order. Risk in the Twenty-First Century, Princeton, Princeton University Press, 2003 [ed. cast.: El Nuevo orden financiero. El riesgo en el siglo XXI, Madrid, Turner, 2004].

[246] Sen, Development as Freedom, ob. cit., p. 89.

[247] Amartya Sen, The Standard of Living, Óxford, Oxford University Press, 1994, p. 18.

[248] Ibíd., pp. 89-90.

[249] Véase Goodin y otros, ob. cit.

[250] Schlesinger, The Age of Roosevelt, ob. cit., p. 654.

[251] William E. Forbath, "Constitutional Welfare Rights: A History, Critique, and Reconstruction", Fordham Law Review, 69, 2001, p. 1821.

[252] Benjamin Aldrich-Moodie, "The Earned Income Tax Credit", boletín 1, The Century Foundation, septiembre de 1999.

[253] Walter Lippman, An Inquiry into the Principles of the Good Society (1937), Nueva York, Greenwood, 1973, p. 187.

[254] Véase Hernando de Soto, The Mystery of Capital, Nueva York, Basic, 2001 [ed. cast.: El misterio del capital. Por qué el capitalismo triunfa en Occidente y fracasa en el resto del mundo, Bogotá, Planeta, 2005].

[255] John R. Ellingston, "The Right to Work", Annals of the American Academy, 243, 1946, pp. 27, 33.

[256] David Kelley, A Life of One's Own. Individual Rights and the Welfare State, Washington, Cato Institute, 1998, p. 1.

[257] Véase Jeremy Waldron, Homelessness and the Issue of Freedom in Liberal Rights, Óxford, Oxford University Press, 1993.

[258] Sen, Poverty and Famines, ob. cit., pp. 165-166.

[259] Kelley, ob. cit., p. 1.

[260] The Wall Street Journal, 12 de enero de 1944, p. 4; destacados en el original.

[261] Véase Dennis Davis, "The Case Against Inclusion of Socioeconomic Rights in a Bill of Rights Except as Directive Principles", South African Journal of Human Rights, 8, 1992, p. 475.

[262] 11 BCLR 1169 (CC) (2000).

[263] 10 BCLR 1033 (CC) (2002).

[264] "Tucker c. Toia", 43 NY2d 1, 371 NE2d 449 (1977).

[265] "Mahamed Aliessa c. Novello", 96 NY2d 418, 754 NE2d 1085 (2001). [Según la definición que consta en su sitio web, Medicaid es un "programa federal y estatal conjunto que ayuda <a solventar> los costos médicos a algunas personas de ingresos y recursos limitados". N. de E.]

[266] "Barie c. Lavine", 40 NY 2d 665.

[267] "Loveland c. Gross", 80 NY2d 419, 605 NE2d 339 (1992).

[268] Sin embargo, en el contexto educativo, los resultados de la intervención de los tribunales estatales son bastante variados. Véase Heise, ob. cit., p. 1151.

[269] Véase "On the Compliance of the Requirement Incorporated into the First Part of Article 6 of the Law 'On Employment' on the Necessity of Having the Permanent Residence Permit to Obtain the Status of the Unemployed with Articles 91 and 109 of the Constitution of the Republic of Latvia", caso 2001–11–0106 (2002), disponible en <www.satv.tiesa.gov.lv/Eng/ Spriedumi/02–0106(01).htm>.

[270] “On compliance of Item 1 of the Transitional Provisions of the Law ‘On Social Insurance’ with Articles 1 and 109 of the Constitution of the Republic of Latvia”, caso 2000–08–0109 (2001), disponible en <www.satv.tiesa.gov.lv/Eng/Spriedumi/08–0109(00).htm>.

[271] “Petition of Tartu City Council to Review the Constitutionality of §221 (4) of the Social Welfare Act”, caso 3–4–1–2–03 (Corte Suprema de Estonia), disponible en <www.nc.ee/english>.

[272] “La Reina c. el director de la Cárcel de Frankland”, ex parte Russell, 2000 HRLR 512 (Queens Bench Division, 2000).

[273] “Decision Contract. 11/00”, 4 de abril de 2001, disponible en: <www.trybunal.gov.pl/eng/Judical_Decisions/2001/K_11_00a.pdf>.

[274] Decisión 81, “On the Incident of Unconstitutionality of the Provisions […] Concerning the Social Assistance of the Unemployed and Their Professional reinstatement”, reed., 19 de mayo de 1998, disponible en <www.ccr.ro/Decizii/Engleza/decizii_eng.htm>.

[275] “Ex Parte Chairperson of the Constitutional Assembly”, 1996 (4) SA 744, 1996 (10) BCLR 1243 (CC), párrafo 78.

[276] Véase Lawrence Lessig, Code and Other Laws of Cyberspace, Nueva York, Basic, 2000 [ed. cast.: El código y otras leyes del ciberespacio, Madrid, Santillana, 2001].

[277] Véase “Harris c. McRae”, 448 US 297 (1980).

[278] Véase Roosevelt, Whither Bound?, ob. cit.

[279] Ibíd., p. 19.

[280] Ibíd., p. 27.

[281] Ibíd., p. 31.

Nota bibliográfica

La bibliografía sobre Franklin Delano Roosevelt y el New Deal es enorme, y aquí sólo enumero un pequeño subgrupo. Para un catálogo accesible de los principales discursos de Roosevelt, la mejor fuente es The Essential Franklin Delano Roosevelt, Nueva York, Gramercy, 1995. Entre los tratamientos invaluables se encuentran The Lion and the Fox, de James MacGregor Burns, San Diego, Harcourt, 1956 [ed. cast.: Roosevelt: el león y el zorro, Barcelona, Grijalbo, 1975], Franklin D. Roosevelt: A Rendezvous with Destiny, de Frank Freidel, Nueva York, Little Brown, 1965 y los diversos volúmenes de The Age of Roosevelt de Arthur M. Schlesinger Jr., que incluyen The Crisis of the Old Order, Nueva York, Houghton Mifflin, 1957, The Coming of the New Deal, Nueva York, Houghton Mifflin, 1958, The Politics of Upheaval, Nueva York, Houghton Mifflin, 1959 [ed. cast.: La era de Roosevelt. La crisis del orden antiguo, 1919-1933, México, UTEHA, 1968, La llegada del nuevo trato, México, UTEHA, 1968 y La política del cataclismo, México, UTEHA, 1968]. Algunos análisis más recientes son Franklin Delano Roosevelt. Champion of Freedom, de Conrad Black, Nueva York, Public Affairs, 2001, Freedom from Fear. The American People in Depression and War de David M. Kennedy, Nueva York, Oxford, 1999 [ed. cast.: Entre el miedo y la libertad. Los EE. UU.: de la Gran Depresión al fin de la Segunda Guerra Mundial, Barcelona, Edhasa, 2005]; los cuatro volúmenes de Kenneth S. Davis, en especial (para los propósitos de este libro) el vol. II, FDR: The New Deal Years, 1933-1937, Nueva York, Random House, 1986, y el vol. IV, FDR: The War President, 1940-1943, Nueva York, Random House, 2000.

Hay análisis interesantes de Roosevelt en The Roosevelt I Knew de Frances Perkins (Nueva York, Viking, 1946), Robert Sherwood, Roosevelt and Hopkins. An Intimate History [ed. cast.: Roosevelt y Hopkins. Una historia íntima, Barcelona, Los Libros de Nuestro Tiempo, 1950] y en Isaiah Berlin, Personal Impressions, Princeton,

Princeton University Press, 2001 [ed. cast.: Impresiones personales, Madrid, FCE, 1984]. Working with Roosevelt de Samuel I. Rosenman (Nueva York, Harper, 1952) es excepcionalmente informativo. Sobre el período en general, un tratamiento iluminador es el de Anthony J. Badger en The New Deal: The Depression Years, 1933-1940, Nueva York, Hill & Wang, 1989. Sobre las innovaciones institucionales del New Deal, The New Deal and the Problem of Monopoly de Samuel I. Rosenman (Princeton, Princeton University Press, 1966) sigue siendo invaluable.

Sobre la Junta Nacional de Planificación de Recursos, hay análisis útiles en New Deal Planning: The Natural Resources Planning Board de Marion Clawson (Baltimore, Johns Hopkins University Press, 1981) y en Designing a New America: The Origins of New Deal Planning de Patrick D. Reagan (Amherst, University of Massachusetts Press, 1999). Este último incluye una explicación particularmente iluminadora de los orígenes de la segunda Carta de Derechos.

Sobre los realistas jurídicos y Robert Hale, la mejor descripción por lejos es la de Barbara Fried en The Progressive Assault on Laissez-Faire: Robert Hale and the First Law and Economics Movement, Cambridge, Harvard University Press, 2001. Sobre la Declaración Universal de Derechos Humanos, hay una explicación excepcional en A World Made New: Eleanor Roosevelt and the Universal Declaration of Human Rights de Mary Ann Glendon (Nueva York, Random House, 2001) [ed. cast. Un mundo Nuevo: Eleanor Roosevelt y la Declaración Universal de los Derechos Humanos, México, FCE, 2011]. Sobre los derechos sociales y económicos en general, entre los resúmenes útiles se cuentan The International Covenant on Economic, Social, and Cultural Rights. A Perspective on Its Development de Matthew Craven (Óxford, Oxford University Press, 1995), Asbjorn Eide y otros (eds.), Economic, Social, and Cultural Rights. A Textbook, Dordrecht, Maryinus Nijhoff, 2001 y Reclaiming Social Rights. International and Comparative Perspectives de Paul Hunt (Brookfield, Vermont, Dartmouth, 1996). Sobre el excepcionalismo estadounidense, un buen tratamiento es el de Seymour Martin Lipset y Gary Marks, It Didn’t Happen Here. Why Socialism Failed in the United States, Nueva York, Norton, 2000.

Sobre la lucha de la Corte Suprema de los Estados Unidos con la cuestión de si existe un derecho constitucional al bienestar, el tratamiento clásico sigue siendo Frank I. Michelman, “Foreword: On protecting the poor through the Fourteenth Amendment”, Harvard Law Review, 83, 1969, p. 7. Entre los análisis más recientes, William E. Forbath, “Caste, Class, and Equal Citizenship”, Michigan Law Review, 98, 1999, 1; William E. Forbath, “Constitutional Welfare Rights. A History, Critique, and Reconstruction”, Fordham Law Review, 69, 2001, 1821, y Sortiros Barber, Welfare and the Constitution, Princeton, Princeton University Press, 2003).

Agradecimientos

Este libro surgió de tres fuentes. La primera fue un grupo de lectura en la Facultad de Derecho de Harvard a fines de la década de 1980, que incluía a William Forbath, Mary Ann Glendon, Frank Michelman y Martha Minow; nuestras conversaciones sirvieron de inspiración para este proyecto, y les estoy agradecido. La segunda fue una invitación generosa de Michael Ignatieff a analizar la pregunta de por qué los Estados Unidos carecen de garantías sociales y económicas; esa invitación marcó el camino de la segunda parte de este libro. La tercera fuente fueron diversas conversaciones que tuve con mi agente, Sydelle Kramer, a quien agradezco por su ayuda de todo tipo. Gracias también a mi editor, William Frucht, que me hizo sugerencias maravillosas sobre el contenido, la estructura y el estilo; el libro es mucho mejor por su ayuda. John Donatich, el editor de Basic Books cuando me embarqué en este proyecto, me ofreció el estímulo necesario y muchas buenas recomendaciones. También les agradezco a los bibliotecarios de la Biblioteca Franklin Delano Roosevelt, en Hyde Park, Nueva York, en especial a Robert Clark, por su generosidad y su ayuda.

Por comentarios valiosos sobre un borrador anterior, les agradezco a Bruce Ackerman, William Forbath, Dennis Hutchinson, Martha Nussbaum, Eric Posner, David A. Strauss y Adrian Vermeule. Por alentarme y guiarme en una etapa temprana, les estoy muy agradecido a David Kennedy y Patrick Reagan. Presenté algunas partes de este libro en charlas en la Escuela de Gobierno John F. Kennedy de la Universidad de Harvard, el Instituto de Políticas Económicas y la Fundación Ford. Agradezco mucho a los participantes de esas sesiones por sus reacciones, preguntas y sugerencias. Por una ayuda magnífica durante la investigación, agradezco especialmente a Smita Singh y Sarah A. Sulkowski; gracias también a Emily Gavin por su gran trabajo en relación con el capítulo 3. Por el apoyo en general y la buena voluntad, gracias a

Ellen Ruddick-Sunstein.

Dedico este libro a mi padre, teniente de la Infantería de Marina que fue posicionado en las Filipinas durante la Segunda Guerra Mundial. Como innumerables otros que lucharon en esa guerra, mi padre logró escapar de varios enfrentamientos cercanos con la muerte. Volvió a casa para vivir una vida buena y alegre. Había sido republicano toda la vida, pero admiraba y amaba a Franklin Delano Roosevelt. Creo que le agradaría saber que algunos de sus sentimientos han encontrado su camino en el libro de su hijo.